



**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**

**DIRECCIÓN DE POSGRADO**

**MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA:**

---

**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.- 8-20-CN/21.**

---

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho mención

Derecho Constitucional. Modalidad: Estudio de caso.

**Autora**

YAJAIRA MABEL PAZMIÑO VALENCIA

**Tutora**

Msc. CLARA ELIZABETH SORIA CARPIO

QUITO - ECUADOR

2022

**AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA,  
REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA  
DEL TRABAJO DE TÍTULACIÓN**

Yo, YAJAIRA MABEL PAZMIÑO VALENCIA, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “**EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.- 8-20-CN/21**”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Constitucional y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

Los usuarios del RDI-UTI podrán consultar el contenido de este trabajo en las redes de información del país y del exterior, con las cuales la Universidad tenga convenios. La Universidad Tecnológica Indoamérica no se hace responsable por el plagio o copia del contenido parcial o total de este trabajo.

Del mismo modo, acepto que los Derechos de Autor, Morales y Patrimoniales, sobre esta obra, serán compartidos entre mi persona y la Universidad Tecnológica Indoamérica, y que no tramitaré la publicación de esta obra en ningún otro medio, sin autorización expresa de la misma. En caso de que exista el potencial de generación de beneficios económicos o patentes, producto de este trabajo, acepto que se deberán firmar convenios específicos adicionales, donde se acuerden los términos de adjudicación de dichos beneficios.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Quito, a los 22 días del mes de septiembre de 2022, firmo conforme:

Autor: Yajaira Mabel Pazmiño Valencia

Firma:

Número de Cédula: 1600517310  
Dirección: Sucumbíos, Lago Agrio, Centro  
Correo Electrónico: yhaja19@hotmail.com  
Teléfono: 0996558740

## **APROBACIÓN DEL TUTOR**

En mi calidad de Tutora del Trabajo de Titulación “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.- 8-20-CN/21.” presentado por Yajaira Mabel Pazmiño Valencia, para optar por el Título de Magister en Derecho Constitucional,

### **CERTIFICO**

Que dicho trabajo de investigación ha sido revisado en todas sus partes y considero que reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la presentación pública y evaluación por parte del Tribunal Examinador que se designe.

Quito, 22 de septiembre de 2022

 **CLARA  
ELIZABETH  
SORIA CARPIO**

Firmado digitalmente por  
CLARA ELIZABETH SORIA  
CARPIO  
Fecha: 2022.09.26 09:51:45  
-05'00'

## **DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD**

Quien suscribe, declaro que los contenidos y los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación, como requerimiento previo para la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, son absolutamente originales, auténticos y personales y de exclusiva responsabilidad legal y académica del autor.

Quito, 22 de septiembre de 2022

Ab. Yajaira Mabel Pazmiño Valencia

C.C:1600517310

## **APROBACIÓN TRIBUNAL**

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: “EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.- 8-20-CN/21.”, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Constitucional, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Quito, 22 de septiembre de 2022



Dr. Luis Fernández Piedra  
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL



Dra. María Belén Cadena Ramírez  
EXAMINADORA



Msc. Clara Elizabeth Soria Carpio  
DIRECTORA

## **DEDICATORIA**

Dedico este trabajo principalmente a Dios, por haberme dado la vida y permitirme el haber llegado hasta este momento tan importante de mi formación profesional.

A mis padres por su amor y apoyo incondicional, pero sobre todo a mi hermano, por enseñarme que cada día es una batalla distinta y debo seguir adelante a pesar de los obstáculos que se me presente.

## **AGRADECIMIENTO**

Por medio del presente trabajo, deseo manifestar mis más sinceros agradecimientos, a todo el personal docente de la Dirección de Posgrados de la Universidad Tecnológica Indoamérica, quienes de forma muy acertada, imparten sus conocimientos y experiencias en beneficio de la formación de los futuros Magister.

## ÍNDICE

PORTADA .....	1
AUTORIZACIÓN POR PARTE DEL AUTOR PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TRABAJO DE TITULACIÓN .....	2
APROBACIÓN DEL TUTOR .....	3
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD .....	4
APROBACIÓN TRIBUNAL.....	5
DEDICATORIA .....	6
AGRADECIMIENTO.....	7
ÍNDICE.....	8
RESUMEN EJECUTIVO.....	11
INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO I .....	14
1.1.- El principio de proporcionalidad.....	14
1.1.1.- Eje constitucional del principio de proporcionalidad.....	15
1.1.2.- Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad .....	15
1.1.3.- El control constitucional y el principio de proporcionalidad.....	17
1.1.4.- El test de proporcionalidad .....	18
1.1.4.1.- Idoneidad.....	19
1.1.4.2.- Necesidad.....	21
1.1.4.3.- La motivación.....	22
1.1.4.4.- Proporcionalidad en sentido estricto .....	23
1.1.5.- Aplicación del principio de proporcionalidad .....	24
1.1.6.- El test de proporcionalidad bajo la perspectiva de la Corte Interamericana .....	24
1.1.7.- Medidas cautelares.....	27
1.2.- Prisión preventiva .....	28
1.2.2.- Prisión preventiva en el Ecuador .....	29
1.2.3.- Sustitución de la prisión preventiva en Ecuador.....	35
1.2.4.- Limitación de la sustitución de la prisión preventiva .....	36
1.3.- Control de constitucionalidad .....	37
CAPÍTULO II.....	42
2.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación a la limitación para sustituir la prisión preventiva en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años en el Ecuador .....	42
2.2 Estudio de caso Sentencia No. 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional .....	42
2.2.1 Temática a ser abordada.....	42
2.2.2 Puntuaciones metodológicas .....	42
2.3 Antecedentes del caso concreto.....	43
2.4 Procedimiento ante la Corte Constitucional.....	43
2.4.1 Argumentos de la consulta de constitucionalidad de norma .....	44
2.5 Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional .....	46
2.5.1 Delimitación de la consulta .....	46

<b>2.5.2 La prisión preventiva y la imposibilidad de sustitución en infracciones con sanción superior a 5 años de pena privativa de libertad .....</b>	<b>47</b>
<b>2.5.2 Efectos de la sentencia .....</b>	<b>49</b>
<b>2.6 Análisis crítico de la sentencia constitucional .....</b>	<b>50</b>
<b>2.6.1 Apreciación crítica respecto de los argumentos desarrollados por la Corte Constitucional.....</b>	<b>53</b>
<b>2.6.2 Métodos de interpretación .....</b>	<b>55</b>
<b>2.6.3 Propuesta personal solución del caso .....</b>	<b>56</b>
<b>Conclusiones .....</b>	<b>63</b>
<b>Bibliografía.....</b>	<b>65</b>

**UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA**

**DIRECCIÓN DE POSGRADO MAESTRÍA EN  
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**TEMA: EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA  
PRISIÓN PREVENTIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.- 8-20-CN/21.**

Abg. Yajaira Mabel Pazmiño

Tutora: Msc. Clara Molina C.

# UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

## DIRECCIÓN DE POSGRADO MAESTRÍA EN DERECHO CONSTITUCIONAL

**TEMA:** EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU RELACIÓN CON LA PRISIÓN PREVENTIVA. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA No.- 8-20-CN/21.

### RESUMEN EJECUTIVO

La problemática que se da en el presente análisis de una sentencia constitucional, determinada en una consulta de norma signada con el N ° 8-20-CN/21, se determina en la imposibilidad de que el juzgador pueda dar paso a la sustitución de la prisión preventiva, cuando se trata de penas privativas de libertad superior a cinco años, esta realidad no ha sido un tema controversial de actualidad, sino que ha venido sufriendo distintas percepciones desde los años 90, que parte de la visita de la Convención Americana al Ecuador, en donde se reconoce que existían privados de libertad, sin que se les haya formulado cargos, algunos casos extremos llegaban hasta los 6 años privados de libertad, en la actualidad se maneja el populismo jurídico, pero para subsanar esta realidad, es importante ver las consideraciones de la Corte Constitucional, que se reconocen como vinculantes, pero además y como punto crítico de quien suscribe se debe configurar una perspectiva desde la convencionalidad de la norma. En cuanto a los objetivos, se han planteado los siguientes: Estudiar la prisión preventiva, su aplicación y la limitación para sustituirla en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años. Analizar la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en relación a la limitación para sustituir la prisión preventiva respecto a infracciones que se sancionan con penas privativas de libertad de más cinco años en el Ecuador, mediante el estudio de la Sentencia No.8-20-CN/21 de la Corte Constitucional. Los métodos aplicados en la investigación, es el cualitativo de carácter documental y bibliográfico, puesto que a partir de los argumentos desarrollados de la Corte Constitucional, se pretende establecer la perspectiva del autor en base a la jurisprudencia, artículos científicos y la dimensión teórica desarrollada a partir de bibliografía desarrollada por juristas que se han pronunciado con relación a las variables propuestas en la presente investigación, con el fin de que se tenga una dimensión integral reuniendo fundamentos teóricos y científicos para abordar las conclusiones pertinentes.

**Palabras clave:** Prisión preventiva, penas privativas de libertad, control constitucional, convencionalidad de la norma.

# TECHNOLOGICAL UNIVERSITY INDOAMERICA

## POSTGRADUATE MANAGEMENT MASTER IN CONSTITUTIONAL LAW

**SUBJECT:** THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY AND ITS RELATIONSHIP WITH PREVENTIVE PRISON. ANALYSIS OF JUDGMENT No. - 8-20-CN/21.

Abg. Yajaira Mabel Pazmiño

Tutora: Msc. Clara Molina C.

### EXECUTIVE SUMMARY

The problem that occurs in the present analysis of a constitutional sentence, established in a norm consultation signed with N ° 8-20-CN / 21, is determined in the impossibility that the judge can proceed to the substitution of the prison preventive, when it comes to custodial sentences of more than five years, this reality has not been a current controversial issue, but has been suffering from different perceptions since the 90s, which starts from the visit of the American Convention to Ecuador, where it is recognized that they were deprived of liberty, without having been charged, some extreme cases reached up to 6 years deprived of liberty, currently legal populism is handled, but to correct this reality, it is important to see the considerations of the Constitutional Court, which are recognized as binding, but in addition and as a critical point of the undersigned, a perspective must be configured from the conventionality of the norm . As objectives, the following have been proposed: Study preventive detention, its application and the limitation to replace it in offenses sanctioned with custodial sentences of more than five years. Analyze the Ecuadorian constitutional jurisprudence in relation to the limitation to replace preventive detention with respect to infractions that are punishable by imprisonment for more than five years in Ecuador, through the study of Sentence No.8-20-CN/21 of the Constitutional Court. The methods applied in this research, is the qualitative of documentary and bibliographical nature, since from the arguments developed by the Constitutional Court, it is intended to establish the author's perspective based on jurisprudence, scientific articles and the theoretical dimension developed through from bibliography developed by jurists who have pronounced themselves in relation to the variables proposed in this investigation, in order to have an integral dimension gathering theoretical and scientific foundations to approach the pertinent conclusions.

**KEYWORDS:** Preventive prison, custodial sentences, constitutional control.

## **INTRODUCCIÓN**

El principio de proporcionalidad, es una herramienta utilizada con relación a las facultades de investigar y perseguir de las instituciones del orden penal y los derechos reconocidos en la norma suprema que se tiene a quienes son objeto del poder punitivo del sistema, en otras palabras, se entiende como el equilibrio que se necesita mantener entre el derecho de la punición que se da por parte del Estado , y el derecho a la libertad amparado en los derechos humanos, en el sentido de que estos dos frentes se desarrollen en igualdad de armas, para configurar un balance en equidad entre el ius puniendi y los derechos de las personas.

En el capítulo primero, se desarrolla el marco teórico, el mismo que se fundamenta a partir de fuentes bibliográficas y artículos científicos que infieren acerca del eje constitucional del principio de proporcionalidad, en el cual se determina subtemas como el control constitucional, el test de proporcionalidad, los elementos del test de proporcionalidad. En la segunda parte del capítulo se desarrolla los ejes sustanciales en cuanto a la prisión preventiva, entre las que se encuentra las medidas cautelares, la prisión preventiva, la sustitución y la limitación de la misma.

En el capítulo segundo, se aborda el plano práctico de la investigación, que se determina en el análisis de caso, este apartado se centra en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador con relación a la limitación para sustituir a la prisión preventiva en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años en Ecuador, se desarrollan apartados específicos, entre los que se encuentra los antecedentes del caso concreto, el procedimiento ante la Corte Constitucional, los argumentos de la consulta de constitucionalidad de la norma, las consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional, la delimitación de la consulta, la prisión preventiva y la imposibilidad de sustitución en infracciones con sanción superior a 5 años de pena privativa de libertad, los efectos de la sentencia, análisis crítico de la sentencia constitucional, la apreciación crítica respecto de los argumentos desarrollados por la Corte, métodos de interpretación, propuesta personal en la solución del caso. Para terminar, se establecen las conclusiones a partir de todo el fundamento teórico y analítico.

## **CAPÍTULO I**

### **1.1.- El principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad es una herramienta jurídica para determinar la constitucionalidad de las afectaciones y el grado de estas sobre los derechos fundamentales, por cuanto en el Estado constitucional de derechos y justicia están proscritas las intervenciones arbitrarias y excesivas en la vulneración de los derechos fundamentales. Lo mencionado, se materializa en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, específicamente el Art.11.3 de la Constitución que indica que los derechos y garantías establecidos en este cuerpo normativo y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de aplicación inmediata por y ante cualquier servidor público, judicial o administrativo, de oficio o a petición de parte.

Respecto a la proporcionalidad como método de interpretación constitucional en el Art.3 de la Constitución se establece que las normas serán interpretadas en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, la interpretación será en el sentido más favorable a la plena vigencia de los derechos que se reconocen en la Constitución y la cual respete de mejor manera la voluntad del constituyente.

El principio de proporcionalidad como método de interpretación es una herramienta jurídica que tiende a resolver o solucionar los problemas de tensión o contradicción que se presentan entre principio y normas en la afectación de derechos fundamentales. Esto se materializa, por una parte, el derecho de la sociedad representada por fiscalía a investigar conductas penalmente relevantes, y, por otra parte, el derecho del procesado a un debido proceso penal con las debidas garantías judiciales de esta manera se protege a la persona ante actos abusivos cometidos por el Estado.

Para tener un claro entendimiento sobre el principio de proporcionalidad, es importante, conocer cómo se introdujo en la mayoría de ordenamiento jurídicos, y se puede señalar que la misma tuvo una justificación compleja, por ejemplo, en Alemania este principio fue instaurado invocando el llamado “Estado de Derecho”, y la idea central de este era limitar los poderes públicos en favor de las personas. De igual manera, en España su aplicación se la justificó en aras de la “dignidad de la persona”.

La proporcionalidad se originó como una solución para los excesos en los que incurrían los distintos poderes de los Estados. Asimismo, se consideró que una ley arbitraria bajo ningún aspecto puede ser un derecho, y de igual manera un acto administrativo que pueda restringir sin proporción los derechos de las personas. Según estos criterios el Tribunal Constitucional Alemán, dividió a la

proporcionalidad en tres subprincipios, que son la necesidad, idoneidad y proporcionalidad estricta, que fueron destinados al control de una medida emitida por alguna autoridad, y que más adelante serán analizados. (Riofrío, 2016)

Asimismo, es importante señalar que la proporcionalidad no nació para dar solución a otras violaciones de derechos fundamentales que se perpetran por personas privadas o para dar solución a conflictos entre particulares, tampoco fue creado para la detección de arbitrariedades o que no se las considere razonables. Entonces, como el principio en análisis tuvo su origen sin poseer una definición jurisprudencial o normativa específica, no siempre se tiene claro el momento cuando es conveniente aplicarlo, y las cuestiones que no pueden ser consideradas y sus limitaciones.

En resumen, el principio de proporcionalidad tuvo su origen en el tribunal constitucional de Alemania, en lo que corresponde a Latinoamérica este método fue adoptado por los distintos tribunales nacionales de los Estados, y de igual manera en las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sin embargo, como se ha mencionado, el principio no se originó para la solución de conflictos particulares, aunque lamentablemente tampoco posee una normativa específica, por lo que no se tiene muy claro el momento que este debe ser aplicado.

#### **1.1.1.- Eje constitucional del principio de proporcionalidad**

Para empezar con el presente apartado, es importante mencionar que la Constitución del Ecuador no contiene una referencia explícita, porque se trata de una creación jurisprudencial, su importancia constitucional se justifica porque se deriva de las disposiciones convencionales con relación a la dignidad de la persona, la cláusula del Estado democrático, y en específico el Art.30 del Pacto de San José de Costa Rica, que establece lo siguiente: las restricciones permitidas, según esta Convención, al goce de los derechos y las libertades que se reconocen en esta, serán aplicadas según las leyes que se dictaren por motivo de interés general, y para la finalidad para la que se establecieron.

Sin embargo, es de gran relevancia indicar, que el fundamento del principio de proporcionalidad está en las disposiciones convencionales, la legitimidad sobre su uso se desarrolla por la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia que será analizada más adelante. En donde se argumentará que la proporcionalidad, tal como se la contempla en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, constituye un principio que se deriva varios artículos de la Constitución, y, asimismo, es un método de control judicial e interpretación de las restricciones de los derechos constitucionales. (Ruiz, 2018)

Ahora bien, lo mencionado respecto a la interpretación no significa que estas sean las únicas con las que se ha intentado fundamentar en términos constitucionales el principio de proporcionalidad, sino que otro de los argumentos es la dimensión sustancial del debido proceso, utilizado para evidenciar las posibles afectaciones de normas constitucionales específicas.

No obstante, en ciertos casos se hace uso de la jurisprudencia comparada y la influencia de la doctrina alemana, juntamente con la Corte Constitucional, lo que ha justificado el uso de este mecanismo, mediante la cláusula del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, y específicamente en sus manifestaciones implícitas, con relación a la interdicción de arbitrariedades en el ejercicio del poder.

### **1.1.2.- Los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad**

Para empezar con el correspondiente análisis, es importante indicar que los derechos fundamentales y las normas constitucionales que las reconocen como tal poseen una estructura de principios, y estas al tener esta característica pues son mandatos de optimización, que en otras palabras se traduce, a normas que necesitan el más alto grado de realización tanto en el ámbito fáctico como jurídico (Alexy, 2009).

De igual manera, dependiendo de la estructura que esta tenga, puede ser considerada principio o regla, y en este punto es importante realizar una diferenciación entre ambas. Es así, que el principio es una norma que ordena que algo debe ser llevado a cabo en la mayor medida que se pueda, y en las posibilidades jurídicas que existen, en otras palabras, un principio es un mandato de optimización. Por otra parte, una regla es una norma de imperativo cumplimiento, y se debe realizar con exactitud lo que esta indica, por ende, posee determinaciones dentro del ámbito de lo posible, en lo fáctico y lo jurídico. (Yucasi, 2017)

Para continuar, también es importante indicar que podría existir un conflicto entre derechos fundamentales, y esto podría suceder si el ejercicio del derecho de un ciudadano tiene repercusión negativa sobre el derecho de otro, por lo que si este conflicto llegará a suceder, el principio de proporcionalidad debe ser utilizado para establecer una relación de precedencia condicionada entre ellas, entonces el principio mencionado exige la examinación del conflicto, mediante los subprincipios que serán analizados más adelante.

El principio de proporcionalidad es aplicado universalmente dentro de la jurisdicción constitucional de los derechos fundamentales y, por las cortes internacionales que se encargan de los derechos humanos. Esto se refiere al análisis de la admisión

constitucional de algún tipo de limitación a un derecho fundamental, acogida por una medida legislativa con la finalidad de perseguir un interés colectivo o para dar protección a otro derecho fundamental.

### **1.1.3.- El control constitucional y el principio de proporcionalidad**

Para que exista un control constitucional efectivo, debe desarrollarse el bloque de constitucionalidad, teniendo en cuenta los instrumentos internacionales como la jurisprudencia de la Corte IDH, como resultado el principio de cláusula abierta vendría a ser aplicado, es importante señalar que los instrumentos internacionales en su totalidad formarían parte de la Constitución.

De lo anterior, es importante señalar que la cláusula abierta contempla de forma explícita nuevos derechos humanos diversos a los que se encuentran en la Constitución, para así, desde la perspectiva del derecho interno, la defensa y el reconocimiento de los derechos que provienen de fuente internacional, sin embargo, esta cláusula no es del todo necesaria puesto que si se cumplen los requisitos formales y materiales de los tratados internacionales, estos se constituyen en derechos humanos nacionales de fuente internacional, por lo que son obligatorios y aplicables en el ámbito doméstico. (Orozco, 2011)

Por otra parte, la actuación de los jueces debe ser adecuada bajo los parámetros del control de convencionalidad, por ende, es relevante que los mismos delimiten su camino a través de los estándares que la jurisprudencia de la Corte IDH ha desarrollado. En lo que respecta a la profundización del bloque de constitucionalidad esta necesita del desarrollo jurisprudencial para se consolide realmente, y, los tribunales constitucionales son los que deben determinar los precedentes jurisprudenciales encaminados a ese fin, porque la Constitución es la que define todos los parámetros para vincular el derecho internacional con el ordenamiento jurídico local, y desde ahí es la jurisprudencia constitucional la que debe brindar mayores precisiones sobre el valor normativo para el ordenamiento y el bloque constitucional. (Galarza, 2021)

Entonces, es importante señalar que uno de los componentes en la aplicación del estándar jurisprudencial entorno a la prisión preventiva es el principio de proporcionalidad y está según los estándares de convencionalidad es desarrollada en el contexto, de que, si bien se podría considerar legal al encarcelamiento, la medida podría carecer de proporcionalidad. En este punto, es necesario señalar que la jurisprudencia puede ser muy amplia en lo que corresponde a la proporcionalidad, sin embargo, su

desarrollo debe ser delimitado, por lo que se toma como precedente el caso Romero Ferris vs Argentina, y aquí se estableció que la prisión preventiva tiene que ser cumplida mediante cuatro elementos de gran importancia del test de proporcionalidad: el objetivo de la medida tiene que ser auténtico (está en especial es compatible con la Convención Americana), idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

Como criterio de la autora de la presente investigación, se indica la importancia de la aplicación del principio de proporcionalidad en lo referente a la prisión preventiva, porque según los estándares de convencionalidad, la misma se desarrolla bajo el criterio, de que si bien, por una parte, se puede considerar legal a la prisión preventiva, sin embargo, por otra parte, la medida carecería de proporcionalidad, y de ahí se da la necesidad de la aplicación del respectivo test con los subprincipios que lo conforman.

#### **1.1.4.- El test de proporcionalidad**

El test de proporcionalidad es el análisis de la medida que podría vulnerar un derecho fundamental y el mismo consiste en tres fases que son: la identificación de la idoneidad, y en este punto se consideran dos elementos imprescindibles que son, la medida a ser aplicada y el fin constitucional que esta persigue, para llegar a la conclusión de que si la medida pudiera ser utilizada para la realización o no de lo pretendido.

La siguiente fase es la determinación de la necesidad de la medida, y aquí esta debe ser analizada minuciosamente, de igual manera, se debe realizar una comparación con otras medidas, para descartar la posible existencia de alguna que podría ser idéntica en el ámbito funcional, pero menos lesiva que la que pretende ser aplicada. La última fase es la elaboración de un ejercicio de ponderación que analice los costos y beneficios en caso de que la medida sea adoptada, y de igual forma el costo de oportunidad en contra en caso de que no se la implemente. (Caro, 2018)

De lo anterior, se deduce que para llevar a cabo test de proporcionalidad primero debe existir una medida que afecte un derecho fundamental de los ciudadanos, de esta manera, se compone de tres fases que son: la idoneidad, necesidad y por último el ejercicio de ponderación, para así, lograr determinar en qué grado la medida analizada vulnera el derecho.

Por otra parte, en el ámbito penal en el caso que una norma sea emitida, el juzgador aplicará el test de proporcionalidad, para así establecer si la conducta que pretende ser incriminada es válida, asimismo, para establecer la pena el principio de proporcionalidad

es la herramienta con la que cuenta el juez para conocer la relación existente entre el hecho y las características del autor.

Es así como el principio de proporcionalidad se considera como el instrumento con el que el juez determinará si su actuación o la actuación que intenta ser realizada por su parte resulta legítima o no. En materia penal se observa que tan necesaria es dentro de un plano abstracto, y en el plano concreto. Si se emite una norma penal, el juzgador debe hacer uso del test de proporcionalidad para poder determinar si la conducta a ser incriminada resulta genuina porque no se excede en el ámbito de libertad de la persona. En el caso de la determinación de la pena a ser aplicada, el principio de proporcionalidad es un instrumento que el juez utiliza para la determinación de la pena a imponer y si la misma tiene relación estricta con el hecho y las características del autor del hecho. (Pino, 2017)

En resumen, es imprescindible en los casos que se emitan normas la aplicación del test de proporcionalidad para verificar si la conducta que se intenta incriminar no excede en el espectro de libertad de la persona. Por otra parte, el momento de la aplicación de la pena por parte del juez, el principio de proporcionalidad se convierte en el instrumento esencial para determinar su actuación.

Así pues, el test de proporcionalidad es conformado por cuatro pasos que consisten en exámenes lógico-jurídicos que tendrán que ser superados en la medida para que esta sea constitucionalmente válida. En ese sentido, el primer paso es determinar si la intervención legislativa sigue un fin constitucionalmente válido, el segundo paso es establecer si la medida es idónea para satisfacer en cierta forma su propósito constitucional, el tercer paso consiste en el análisis de la existencia de otras medidas alternas de igual manera idóneas pero menos lesivas para alcanzar el mismo fin, y el cuarto paso es determinar si es mayor el nivel de realización del fin pretendido que el de vulneración generado al derecho fundamental por la medida en impugnación. (Pino, 2017)

#### **1.1.4.1.- Idoneidad**

El subprincipio de idoneidad hace referencia a la causalidad de las medidas respecto a sus objetivos y obligan que las actuaciones posibiliten el éxito anhelado en relación de su adaptación cualitativa o cuantitativa y su contexto subjetivo de aplicación, sin ser necesaria una aptitud completa del medio para que sea idónea.

Para explicar el subprincipio de idoneidad es importante señalar, que este cuenta con dos elementos que deben ser considerados: que la ley posea un fin

legítimo en el plano constitucional y que la afectación de los derechos fundamentales sea idónea para alcanzar el fin mencionado. Sobre el segundo elemento, es de gran importancia que el fin se fundamente en la Constitución o en el respectivo bloque de constitucionalidad. (Caro, 2018)

Es importante señalar las características del subprincipio de idoneidad, entre las que se encuentran en primer lugar, la constitucionalidad, y aquí se indica que toda medida que limita los derechos fundamentales, en este caso la prisión preventiva, esta tiene que ser concebida según su funcionalidad. Entonces, para conocer si la medida es la adecuada, se debe establecer que la misma sirva en efecto para la consecución de lo previsto, en otras palabras, se trata de evaluar siempre la legitimidad constitucional de la finalidad prevista.

Por otra parte, se encuentra el control de la desviación posible de los parámetros legales, y esta característica lo que intenta es el análisis del sentido exacto sobre la intención que tiene la autoridad en función de la medida ordenada, entonces lo que se pretende es verificar que con la medida no se busquen finalidades diferentes a las que señala la ley. (Krauth, 2018)

Además, el subprincipio de idoneidad se caracteriza por su flexibilidad, esto significa, que esta debe hacer referencia a la causa en relación con el efecto, de esta manera el juicio de idoneidad sobre una medida implica que un pronóstico se lo lleve a cabo sobre la aptitud de la medida en relación con el fin que se pretende. Entonces la medida es idónea si colabora a alcanzar el objetivo deseado. Este subprincipio posee una característica empírica, esto significa que el administrador de justicia debe analizar las consecuencias de las medidas que solicita el fiscal, y de igual manera, tener la certeza de que la misma tendrá todas las consecuencias que la Fiscalía sostiene.

En resumen, el subprincipio de idoneidad se refiere a que un medio se considera idóneo para alcanzar el fin pretendido, y posee las siguientes características:

- La medida que restringe los derechos fundamentales tiene que ser idónea para alcanzar los fines que se persiguen.
- El test de idoneidad posee una característica empírica, como resultado de apoyarse en el esquema medio-fin. Pueden ser analizadas las medidas tomadas a partir de la finalidad, lo que conlleva a la realización del estudio práctico de los componentes empíricos de la relación examinada.

La medida será considerada idónea si es que ayuda a lograr el objetivo deseado. En lo que corresponde al carácter flexible de la idoneidad, se resume en que es la

referencia entre la causa y el efecto, esto para que el juicio de idoneidad se traduzca en que los resultados sobre si las medidas a ser adoptadas se consideren adecuadas para el fin pretendido.

#### **1.1.4.2.- Necesidad**

En lo que corresponde a la prisión preventiva, debe realizarse un análisis de admisibilidad y la misma debe pasar por un examen de necesidad, en relación con la aplicación de medidas que podrían tener un impacto en los derechos de la persona procesada. En el contexto penal, necesidad significa que, si el Estado no dispone de otro medio para obtener el mismo resultado, la intervención se considera legítima. Es así, que el juez al momento de ordenar la medida debe solicitar al investigador que proporcione todas las alternativas que dispone, y en caso de no ser así, este debe justificar que no existe otra posibilidad, a más de la que un derecho fundamental sea limitado.

Se considera necesaria la medida adoptada por parte del juez en caso de que no exista un medio opcional que, también es apto, y que al mismo tiempo sea mejor desde el ámbito de los derechos fundamentales intervenidos. Entonces, mientras el desarrollo del juicio de idoneidad se enfoca a determinar qué tan eficaz es la medida. Por otro lado, el de necesidad se establece como un examen para comprobar su eficiencia, esto significa, sobre su capacidad, en comparación con medios alternos, para lograr el objetivo propuesto sin sacrificar otros principios. (Ruiz, 2018)

Lo fundamental, según lo mencionado es que la medida menos lesiva se considere apta para alcanzar el mismo resultado. En el caso de las medidas cautelares, la medida señalada debe ser adoptada ante el fin propuesto. Por otra parte, el COIP en el Art.534, numeral 3, señala una concreción clara ante lo que exige el subprincipio en análisis: el juez tendrá que verificar en última instancia, que la prisión preventiva considerada la más gravosa se la utilice como última ratio, de tal forma que, si el fin se lo puede alcanzar con otros medios, estos tienen que ser adoptados.

Es necesario indicar, que no existe ningún problema por la comparación entre los medios alternos y las normas aplicadas, desde el enfoque de su menor lesividad, porque toda disminución de las prohibiciones penales significa un incremento del espectro de libertad jurídica de los ciudadanos. Sin embargo, lo mismo no sucede si la comparación se lleva a cabo desde el ámbito de su igual idoneidad.

En conclusión, la necesidad bajo un contexto penal significa que, si el Estado no dispone de un medio alternativo para la obtención de un resultado, la intervención será

considerada legítima, de esta manera, el juzgador al momento de emitir la medida, deberá solicitar que el investigador indique las alternativas con las que cuenta, en caso de que no exista alternativa alguna, tendrá que justificarse la no existencia de medidas alternas, y que la privación del derecho fundamental es la única opción.

#### **1.1.4.3.- La motivación**

Las exigencias que la motivación posee respecto a las resoluciones judiciales limitativas de derechos fundamentales que se derivan de la proporcionalidad, necesitan que los componentes que le posibilitan al tribunal verificar que se llevó a cabo la ponderación necesaria por parte del juicio de proporcionalidad, consten en los fallos. La ausencia o motivación defectuosa de una medida limitativa de un derecho conforma una violación de este.

La motivación de la sentencia en un juicio no solamente garantiza la defensa en juicio, sino a la esencia de un régimen democrático, pues no se puede privar a los ciudadanos, saber los motivos específicos que determinaron la resolución dictada por los jueces. La motivación asegura que se ha actuado racionalmente porque da los motivos capaces de justificar en cada caso las resoluciones de quienes detentan algún poder sobre las personas. (Armienta, 2020)

La legitimidad judicial posee su base en la independencia e imparcialidad de los administradores de justicia y fundamentalmente los mismos se legitiman al instante de emitir sus resoluciones de forma motivada. Por otra parte, la falta de motivación y la reiteración de estos errores será motivo para la destitución del administrador de justicia y esto se debe a que existe el presupuesto procesal el mismo que se vincula con el deber constitucional que se instaura como garantía judicial, de igual manera, la decisión puede impugnarse, a pesar de que la misma se considere correcta, pero carece de motivación.

En lo que corresponde a la Constitución del Ecuador, la misma señala en el Art.76 numeral 1, que los fallos por parte de los poderes públicos tendrán que motivarse adecuadamente. No existirá motivación si dentro del fallo no se señalan los preceptos o los principios en los que se fundamenta y si no es explicada porque es pertinente su aplicación. Todos los fallos que estén correctamente motivados se los considerará nulos. (Krauth, 2018)

En resumen, la motivación garantiza una defensa adecuada del procesado, asimismo, garantiza una actuación racional por parte de la ley, sin embargo, la ausencia en lo que corresponde a la motivación y las posibles reiteraciones por parte de los jueces

podría ser motivo de sustitución de estos, esto con base en lo señalado en la Constitución, específicamente en el Art.76 numeral 1, que se analizó en el párrafo anterior.

#### **1.1.4.4.- Proporcionalidad en sentido estricto**

La proporcionalidad en sentido estricto radica en la ponderación del grado de intervención de la medida sobre el derecho fundamental, ante el grado de realización del fin perseguido por la misma. Asimismo, una medida puede ser idónea y necesaria, sin embargo, puede resultar excesiva.

En lo que corresponde al examen de admisibilidad de una medida, esta de igual manera, pasa por los parámetros de proporcionalidad en sentido estricto, y en este caso, se trata de analizar hasta qué punto se puede admitir la limitación de un derecho fundamental ante las exigencias constitucionales que las autoridades poseen para la administración de la justicia. (Krauth, 2018)

Según lo mencionado, se trata es de equilibrar la balanza entre dos intereses en conflicto, por una parte, las exigencias constitucionales para la administración de la justicia y, por otra, las que se encuentran situadas en la esfera de la individualidad y que se catalogan dentro de la Constitución del Ecuador como derechos fundamentales. De esta manera, para que una intervención sobre la libertad o sobre otro derecho fundamental se considere legal, el grado de realización de la finalidad de la intervención tiene que ser al menos equivalente al grado de afectación de la libertad.

Para determinar el impacto con que la medida legislativa en juicio vulnera los derechos fundamentales en lo que se refiere al concepto de la conducta prohibida, así como a la cuantía y la clase de pena a ser aplicada, es importante comprender lo siguiente: primero, sobre el espectro de la intervención, de tal manera que el impacto de la vulneración del derecho será mayor cuantas más sean las maneras de ejercicio o las posturas a este que se afecten por la pena. Por otro lado, la posibilidad de que se efectúe la mayor intervención en el caso de las vulneraciones que se producen como resultado directo y necesario de la medida y en menor proporción en el caso de las que únicamente se constituyen potenciales amenazas para el derecho fundamental. (López, 2017)

En lo que respecta a la prisión preventiva, dentro del marco de la proporcionalidad, el juez tiene que estar atento a la realidad de las cárceles en el Ecuador, por ejemplo, a pesar de que el COIP en el Art.4 prohíbe el hacinamiento carcelario, sin embargo, la realidad es distinta, por lo que es obligación del juzgador al momento de dictar la medida, cerciorarse de la situación real de la cárcel en cuestión.

En resumen, la admisibilidad de una medida debe ser sometida a diversos factores, entre ellos la proporcionalidad en sentido estricto, y en este aspecto, lo que se intenta es analizar hasta qué punto se puede permitir la privación de un derecho fundamental, ante lo que las autoridades exigen para poder administrar la justicia de forma correcta, de igual manera, se comprende que para que resulte legal la intervención de un derecho fundamental, la misma debe estar en igualdad de condiciones que la afectación.

#### **1.1.5.- Aplicación del principio de proporcionalidad**

El principio de proporcionalidad tiene la función para estructurar el procedimiento de interpretación para establecer el contenido de los derechos fundamentales y que es vinculante para el juez y para la argumentación de tal contenido en las resoluciones de control de constitucionalidad sobre las leyes. De esta manera, el principio actúa como una característica metodológica, a través del que se intenta establecer parámetros al juzgador en cuanto a la valoración de derechos.

La aplicación del principio de proporcionalidad es la materialización de las normas con derechos fundamentales en colisión. Es el uso de principios procesales inherentes de los Estados constitucionales, que tiene que ver con el replanteamiento del concepto de los derechos fundamentales que ya no son simples afirmaciones para transformarse en el espacio de actuación de las personas, y que es respetado por todos (Riofrío, 2016)

El objetivo del principio de proporcionalidad es limitar la actuación del Estado sobre la vulneración de los derechos fundamentales de las personas, en otras palabras, el examen de proporcionalidad debe ser aplicado para analizar la constitucionalidad de una medida restrictiva de derechos fundamentales, con fundamento en una relación medio-fin que tiene que ser adecuada, útil, legítima y práctica para alcanzar los objetivos constitucionales planteados.

En resumen, el principio de proporcionalidad es utilizado como un criterio metodológico, mediante el cual lo que se pretende es establecer parámetros al juez en lo que corresponde a la valoración de los derechos. Asimismo, el principio en análisis debe ser aplicado para el análisis de la constitucionalidad de una medida que restringe alguno de los derechos fundamentales.

#### **1.1.6.- El test de proporcionalidad bajo la perspectiva de la Corte Interamericana**

El principio de proporcionalidad es una técnica que se puede aplicar sobre la intervención del Estado respecto al espectro de los derechos fundamentales, es un estándar de control, asimismo, establece una relación de fin a medio, de igual manera, de

utilidad de un acto, enfrentando la finalidad de una intervención con los resultados de esta.

En lo que corresponde a la proporcionalidad bajo la perspectiva de la Corte IDH, establece que la medida que restringe la libertad debe compensar los sacrificios para los procesados a los cuales se les aplica la mencionada medida. Esto significa que la prisión preventiva tiene que ser proporcional en relación a lo que se pretende con su aplicación al ser esta una medida restrictiva sobre el derecho a la libertad de la persona procesada. (Angulo, 2020)

De lo anterior, se deduce que la Corte IDH en el tema de la prisión preventiva aplica el principio de proporcionalidad en distintas etapas de su jurisprudencia para establecer la legitimidad de la medida en virtud de otros derechos, por lo tanto, la prisión preventiva siempre deberá ser proporcional en relación con la medida restrictiva del derecho a la libertad del procesado.

En un sentido más amplio, la proporcionalidad tiene que ser analizada desde dos perspectivas, en primer lugar, lo que corresponde a la prisión preventiva como una medida cautelar que se aplica a un ciudadano que tiene que considerarse inocente con relación a otro que ya posee una condena y que el cumplimiento de esta se podría estar dando de manera alternativa a la privación de libertad.

Es importante realizar un análisis sobre la primera perspectiva mencionada, y se señala que una persona que aún no ha recibido su condena y por ende es considerada inocente no puede ser tratada de la misma manera que una persona condenada, el Estado tendrá que evitar dentro de lo que determina la ley, que la medida coercitiva procesal sea igual o aún más lesiva para la persona procesada que la pena que podría ser impuesta al recibir la condena, esto significa, que en lo que respecta a las conductas que produzcan una consecuencia penal ínfima, no puede ser aplicado un encarcelamiento preventivo, porque esto sería poner en igualdad de condiciones la situación tanto del procesado como la del condenado y que una pena anticipada sea aplicada. (Angulo, 2020)

En resumen, el Estado deberá evitar que la persona inocente sea tratada como una persona condenada, es decir, que las conductas que deriven en una consecuencia penal leve no sean aplicadas la prisión preventiva, puesto que se consideraría una igualdad de condiciones para el procesado y el condenado, y el anticipo de una pena sin que existe un fallo por parte del juez.

Por otra parte, se debe analizar la proporcionalidad desde la segunda perspectiva la cual versa sobre el encarcelamiento como la opción más lesiva que posee el Derecho Penal, y los que con ella se pretende alcanzar en un caso específico, por lo que es de gran importancia el siguiente análisis.

Ahora en lo que corresponde a la siguiente perspectiva de la proporcionalidad, se determina que los jueces tienen que llevar a cabo una evaluación minuciosa respecto a los elementos de convicción que utilizan para requerirla y de los hechos investigados. Ahora bien, es necesario indicar cuando una medida puede considerarse como arbitraria y es si se recurre a la aplicación de la medida de encarcelamiento y la aplicación de las medidas cautelares menos lesivas son desplazadas sin tomar en cuenta la naturaleza de los hechos que están bajo investigación. (Angulo, 2020)

De lo mencionado y en respeto a la proporcionalidad, la prisión preventiva no se la puede aplicar si los hechos investigados no son susceptibles de una pena que prive la libertad, incluso, la Corte IDH en lo que corresponde al lineamiento que limita el abuso de la medida resuelve que tampoco el encarcelamiento puede ser aplicado si las circunstancias del caso permiten una posible suspensión de la condena. De esta manera, este concepto de proporcionalidad debe ser considerado de forma particular en Ecuador, que es uno de varios Estados que usan la prisión preventiva en casos que se consideran de poca gravedad, únicamente con la finalidad de que la presencia del procesado se asegure a la comparecencia del juicio, esto porque el Estado no puede garantizar la presencia de este mediante sus instituciones y así alcanzar la justicia.

Por otra parte, las personas privadas de libertad se constituyen en un grupo social que por lo general son excluidos de la población, y por las políticas del Estado que, pese a que se tipifican ciertas consideraciones y garantías en amparo de los derechos fundamentales, de la teoría a la práctica no se cumple, es por ello la importancia del análisis de los casos de prisión preventiva.

La realidad sobre el número de personas privadas de libertad en Ecuador muestra a detalle la inobservancia sobre la aplicación de los estándares internacionales del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (SIDH) por parte de los jueces en lo que respecta a la prisión preventiva. Por lo general se puede evidenciar que los criterios para la utilización de la medida son fundamentadas en situaciones sustancialistas, más no procesales, porque se determina como el fundamento de una resolución sobre la privación de libertad

respecto a la gravedad del delito investigado, esto significa, que es un argumento que no pretende perseguir fines procesales, incluso, de una manera inadecuada, la decisión por parte de los administradores de justicia tiene como base la denominada “alarma social” que produce el hecho, por ejemplo en los casos de corrupción que son mediatizados. (Angulo, 2020)

De lo mencionado, en el párrafo anterior sobre los fundamentos la Corte IDH ha sido tajante al oponerse sobre el uso de tales criterios. Se establece en relación a la gravedad del delito, que bajo ningún aspecto es justificativo suficiente para dictar la medida de prisión preventiva, pues esta es una medida cautelar, más no punitiva, y al hacerlo sería emitir por adelantado un criterio sobre que exista la culpabilidad por parte del procesado, por motivo de la gravedad del delito, sin al menos que este haya estado bajo juicio, por ende, la medida sería aplicada como una forma de adelantamiento y desproporcional.

En resumen, en ciertos casos y a pesar de que la prisión preventiva pudiera reunir los requisitos formales y considerarse legal conforme las leyes de cada país, esta se considera arbitraria según los estándares del SIDH, de esta forma, la Corte IDH, a través de la jurisprudencia, ha determinado la privación de libertad, pese a que se la califique de legal, podría resultar opuesta al derecho fundamental del procesado.

#### **1.1.7.- Medidas cautelares**

Las medidas cautelares originalmente se concibieron para brindar protección a los bienes patrimoniales o para conservar la estructura del proceso, se justifican si es que el bien protegido son los derechos humanos garantizados en la Constitución o tratados internacionales de protección de los derechos humanos. Se podrá hacer uso de estas medidas si es que ocurren casos de vulneración de derechos constitucionales, sin embargo, sus efectos pueden ser diferentes en cada caso.

Entonces, de lo señalado se puede manifestar que las medidas cautelares son una acción constitucional que, por una parte, evitan la vulneración de los derechos fundamentales del procesado y por otra, la amenaza bajo la que pudieran estar tanto los derechos constitucionales o los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales. (Cervantes, 2020)

Las medidas cautelares se las puede definir como la orden del juez con el objetivo de que la decisión judicial se encuentre asegurada y trata de que la actuación por parte de la justicia sea efectiva. En lo que corresponde a la legislación ecuatoriana esta se ha visto debilitada debido a los constantes cambios y al incremento de la corrupción en todas sus

esferas, de igual manera, los jueces en la actualidad se encuentran en la difícil tarea de la interpretación de las medidas cautelares.

Por lo tanto, las medidas cautelares precautelan la vigencia de un daño o amenaza, o violación de derechos y, asimismo producen condiciones que no permiten que un daño eventual se efectivice, permitiendo determinarlas como mecanismos adecuados de protección de derechos. De esta forma, se encuentran configuradas para ser adoptadas según los siguientes presupuestos: peligro en la demora, apariencia de buen derecho y adecuación.

En resumen, la justificación de las medidas cautelares es la protección de los derechos humanos del procesado y que se garantizan en la Constitución, sin embargo, la aplicación de estas puede ser diferente de un caso a otro. Asimismo, estas pueden definirse como la orden que emite el administrador de justicia con el único fin de lograr una justicia efectiva.

### **1.2.- Prisión preventiva**

La prisión preventiva se delimita de una forma técnica desde su planteamiento como medida cautelar, se considera como la privación de libertad de una persona, inocente, e imputada por un delito de gravedad especial, emitida mediante una resolución jurisdiccional, de carácter preventivo y con un lapso determinado, antes de recaer en una sentencia definitiva.

La prisión preventiva es una medida cautelar, que restringe el derecho a la libertad ambulatorio a la persona imputada de algún delito, esto a través de su ingreso a una cárcel, en el lapso de tiempo que dure la sustanciación del proceso penal, y de igual forma asegura que la posible sentencia resulte efectiva, por lo tanto, esta medida que se da antes de la sentencia se puede justificar únicamente en la medida que sea imprescindible para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales, y de igual manera en la medida que no existan otros mecanismos que no sean tan radicales, por lo que esta no se debe prolongar más del tiempo necesario. (Hernández, 2011)

Es importante entender a la prisión como la privación de la libertad y a la prisión preventiva como la privación de la libertad a la persona que se encuentra en esa situación sin sentencia alguna, y la misma puede ser absolutoria o condenatoria. Su carácter es preventivo porque el objetivo de esta es el de asegurar la presencia del procesado evitando su escape o fuga ante una posible limitación de su libertad.

La prisión preventiva no es considerada una pena en sí, sin embargo, se considera una auténtica privación de uno de los derechos más importantes de todas las personas, que es el de la libertad, y en el caso de que la sentencia sea absolutoria sería considerada una pena anticipada, pero en caso de ser condenatoria pues se incluye en el tiempo de prisión impuesto.

La realidad de todos los Estados es dinámica y cambiante, es por esta razón que el Derecho, en su carácter de ciencia social, no puede estar exenta del dinamismo y del desarrollo de los países. Si se acude a la teoría positivista, una de las consecuencias directas, se manifestaría en la creación de leyes, políticas y procedimientos, que se encaminan a la salvaguarda de los derechos de los ciudadanos y en este caso en uno de los derechos fundamentales que es el de la libertad.

En resumen, la diferenciación entre condena y prisión preventiva resulta importante para el respectivo análisis, en el primer caso es la privación de la libertad con una sentencia previa, en el segundo caso es igual la privación de libertad, sin embargo, aquí aún la sentencia absolutoria o condenatoria aún no ha sido emitida, uno de sus objetivos principales es la prevención, para de esta forma asegurar la presencia del procesado en el respectivo proceso penal, y pesar de que la prisión preventiva no se la considere una pena, esta es una vulneración total del derecho fundamental a la libertad, puesto que en el caso que la sentencia que otorgue el juez se absuelva al procesado de lo que se le imputa, esta habrá sido una pena anticipada y en el caso de una sentencia condenatoria este tiempo se lo incluirá en el total de la condena.

### **1.2.2.- Prisión preventiva en el Ecuador**

La prisión preventiva es uno de los problemas más serios que ha afrontado de forma tradicional el sistema procesal penal ecuatoriano, es importante indicar que la libertad es uno de los derechos fundamentales de las personas el cual se garantiza y reconoce por el Estado en la Constitución en el Art.66 numeral 49, en donde se establece “El reconocimiento de que todos los ciudadanos nacen libres”.

La problemática de la prisión preventiva en el Ecuador, no es un tema actual, sino más bien se remonta hacia los años 90, y en ese entonces la Comisión IDH solicitó al Estado los respectivos permisos para llevar a cabo una visita in loco, posteriormente el gobierno de turno otorgó el consentimiento para la visita, la misma que se da meses después, sin embargo, el informe y la notificación respectiva al Estado ecuatoriano fueron entregados alrededor de dos años después, lo mencionado se dio entre los años 1994 y 1996. El informe indicó que 9280

personas se encontraban detenidas en ese entonces, y de estas el 70% aún esperaban una sentencia ya sea absolutoria o condenatoria, igualmente, se conocieron casos de personas que permanecieron hasta seis años en prisión, sin que haya existido en su contra ningún tipo de acusación por parte de las autoridades. (Galarza, 2021)

De lo mencionado, se evidencia la gran problemática que acarrea el Estado ecuatoriano desde hace varios años atrás, sobre el tema de la prisión preventiva la cual ha sido objeto de estudio a lo largo de la presente investigación y se considera como una violación al derecho fundamental de la libertad, en los años 90 después de una intervención por parte de la Comisión IDH, esta logro evidenciar que en los centros penitenciarios existían una gran cantidad de procesados en espera de la respectiva sentencia, algunos de ellos incluso permanecieron más de cinco años en espera de la misma, lo cual se evidencia como una clara vulneración del derecho fundamental en mención.

De igual forma, en ese entonces las falencias y debilidades del sistema punitivo del Estado fueron evidenciadas, sin embargo, y a pesar de la situación problemática, no se brindó solución alguna, y esta no fue hasta que se dio un acontecimiento político recordado hasta el día de hoy que fue el derrocamiento del Presidente Abdalá Bucaram. Como respuesta a la crisis carcelaria y judicial, el constituyente tomó en cuenta las consideraciones de la Comisión IDH, y en la Constitución de 1998, específicamente en el Art.24, numeral 8, señala que: “en las causas por delitos que tengan sanción de un año o por delitos que sean sancionados por reclusión, la prisión preventiva no podrá exceder a los seis meses, si estos plazos se exceden, la misma quedará sin efecto”. (*Constitución de La República*, 2008)

Como resultado de las mencionadas medidas, en lo que corresponde a la administración de la justicia, esta no fue dotada de los suficientes recursos, tanto en la parte tecnológica, económica y humana, para que todo el esquema procesal se lo aplique de manera efectiva, sumado a esto de igual manera, las actuaciones poco éticas por parte de los profesionales del derecho, como resultado de todo lo mencionado en el presente párrafo se tuvo una gran cantidad de casos de caducidad en lo que respecta a la prisión preventiva. (Galarza, 2021)

La realidad del Ecuador en ese entonces sobre el tema delincriminal había tenido un incremento realmente alarmante, debido a esto diferentes sectores de la sociedad consideraban que uno de los motivos principales, es que las personas que se encontraban

detenidas podían recuperar su libertad de una manera fácil y esto gracias a la caducidad de la prisión preventiva. Sin embargo, tiempo después, se daría otro hecho histórico para el país y fue la configuración de una nueva Constitución, con la llegada del Presidente Rafael Correa, quien, a través de consulta popular ganó la misma, con lo que se dio paso a la configuración del nuevo texto constitucional, estos acontecimientos se dieron entre el año 2006 y 2008.

La Constitución actual y que se encuentra vigente desde el año 2008 en relación a la del año 1998, en lo que respecta a la prisión preventiva mantiene aún la caducidad de esta. Años más tarde, la caducidad de la pena aún era motivo de críticas por parte de los distintos sectores del Estado, la tendencia jurídica de ese entonces manifestaba, que los procesados con astucia por parte de sus abogados defensores, pretendían a través de todos los medios posibles eludir la administración de la justicia para poder recuperar su libertad.

De igual manera, el tema de las medidas sustitutivas entro a debate, y en estas lo que se pretendía fue establecer los requisitos y condiciones para su aplicación, porque la crítica central era que el administrador de justicia tenía una gran discrecionalidad, y que no se consideraba justo la existencia de personas inocentes que se encontraban privadas de su libertad sin sentencia alguna, es así, que un referéndum fue llevado a cabo nuevamente y el sí ganó específicamente en dos preguntas sobre el tema, por lo que la Constitución fue enmendada y con esto se procedió a regular la prisión preventiva. (Galarza, 2021)

En resumen, la prisión preventiva es un tema que genera muchas discusiones en la realidad del Ecuador, especialmente con críticas de nivel jurídico hacia la discrecionalidad de los jueces, porque no se concebía que existan personas inocentes privadas del derecho fundamental de la libertad sin ningún tipo de sentencia, por lo que fue necesario llevar a cabo el referéndum mencionado en el párrafo anterior.

Desde la perspectiva de la sociedad se concibe que la prisión preventiva es aplicada arbitrariamente, asimismo, el sentir de gran parte de la sociedad es que las leyes no son las adecuadas para impartir la justicia eficientemente, sino que más bien favorece en muchos sentidos a los infractores.

Varios años han pasado ya desde que se dieron las enmiendas constitucionales, sin embargo, las críticas aún se encuentran vigentes, ahora los argumentos no son solo opiniones jurídicas, sino que vienen a través de los medios de comunicación, redes sociales, figuras del ámbito político y hasta de funcionarios públicos. Actualmente el populismo sobre el tema de la prisión

preventiva ha reconocido, que el interés ya no es la inocencia de la persona procesada, sino que la justicia ha sufrido una gran deformación porque una gran parte de los delincuentes se encuentran libremente en las calles. (Galarza, 2021)

De lo anterior, se menciona que actualmente el interés ya no radica únicamente en la inocencia del procesado, esto debido al populismo sobre el tema en análisis, sin embargo, también ha trascendido más allá de las opiniones jurídicas, pese a las enmiendas constitucionales dadas hace ya ciertos años.

La práctica de la prisión preventiva en el país evidencia una gran discrepancia entre el contenido de la ley y como esta se aplica. Por otra parte, mientras el objetivo del legislador del COIP, fue limitar el uso de la prisión preventiva mediante el aumento de requisitos y establecer como relieve su característica de excepcionalidad, en la realidad el abuso es la regla general.

Ahora en lo que corresponde a la legislación penal del Ecuador, a partir del año 2014 que entró en vigencia el COIP, se ha visto un considerable aumento del abuso de la prisión preventiva por parte de los jueces, los mismos que han ido estableciendo penas sin proporción alguna, y sin tener en cuenta lo que señala el Art.76, numeral 6 de la Constitución, en donde se señala que, la ley tendrá que establecer una proporcionalidad debida entre la infracción y la sanción penal, administrativa o de otra índole. (Galarza, 2021).

De lo anterior, se deduce que el abuso de la prisión preventiva no atenta únicamente contra el COIP, la Constitución y la jurisprudencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino es opuesto a la eficiencia legal, pues la politización del sistema penal socava la validez del ordenamiento legal. A pesar de que el sistema político gane de forma efímera, a largo plazo perderá lo que es el pilar fundamental del Estado de Derecho, esto es, la previsibilidad de las acciones estatales conforme preceptos tanto públicos, prestablecidos y generales. Por último, la integración social mediante un entramado normativo.

Por otra parte, como criterio personal de la autora de la presente investigación se podría considerar que en el Ecuador desde que fue promulgado el COIP el porcentaje de personas privadas de libertad en el año 2007 eran más de 7.000 personas privadas y en la actualidad se ha incrementado aceleradamente con un número aproximado de 40.000 privados de libertad, esto es porque los jueces cuentan con la facilidad de dictar la prisión preventiva como medida cautelar, considerándose este tema cada vez más preocupante.

Si el Consejo de la Judicatura persigue el objetivo denominado “cero impunidad” con la directriz, que, pese de lo que se señala en la Norma Suprema y el COIP, la prisión preventiva tendrá que ser la regla, provocará incertidumbre, y la debilitación del ordenamiento legal. Puesto que la seguridad ciudadana se asegura a través del amplio respeto de este, las injerencias de un órgano administrativo en la aplicación del poder judicial inevitablemente debilitan la seguridad de la ciudadanía. (Krauth, 2018)

De lo anterior, es de gran importancia mencionar que es muy complicado hablar de “cero impunidad” o “seguridad ciudadana” si las personas viven ante la amenaza arbitraria de encarcelamiento y si el poder ejecutivo prescribe la ejecución del procedimiento. Dentro del procedimiento penal, tal arbitrariedad es un círculo vicioso, someterse voluntariamente a un juicio sujeto a injerencias políticas es comparable a una ruleta rusa.

Desde el Art.519 hasta el Art.521 del COIP, se determinan reglas generales para la ejecución de medidas cautelares. La prisión preventiva es una de varias de las mencionadas medidas, sin embargo, posee requisitos determinados, por lo tanto, las reglas generales se usan de igual manera en el manejo de la prisión preventiva, a pesar de que no son suficientes.

Para que un juez pueda ordenar la prisión preventiva requiere que la ley tenga un riesgo procesal de cierta intensidad. Según el Art.522 del COIP favorece medidas cautelares no privativas de libertad para prevenir el riesgo procesal, esto significa, para asegurar la presencia del imputado. Ante la decisión del juez, la pregunta importante se puede formular de la siguiente forma: ¿Cuándo no son suficientes las medidas no privativas de libertad? El análisis del concepto jurídico indeterminado “insuficiencia”, depende de la intensidad del riesgo mencionado. (Marín, 2017)

En conclusión, el tema de la prisión preventiva viene desde hace tiempo atrás, tiempo en el cual se han dado ciertas modificaciones y enmiendas, mediante los sucesos históricos mencionados en párrafos anteriores, sin embargo, y a pesar de lo que se establece en la normativa, especialmente en la Constitución, aún siguen dándose casos en los que los procesados son privados preventivamente de su libertad, y profundizando aún más la problemática actual de los centros penitenciarios del Ecuador.1.2.3.- Sustitución de la prisión preventiva.

El derecho internacional de derechos humanos establece que el derecho a la libertad es susceptible de restricción, en el caso que sea necesario asegurar la paz y seguridad de terceros, sin embargo, en ciertos casos pese a que la restricción del derecho obedezca un fin legítimo puede ser desproporcionado. Por lo tanto, la aplicación de medidas sustitutivas en la actualidad son la regla general.

Las medidas sustitutivas son las que se aplican de forma alternativa o en lugar de la prisión preventiva, estas son aplicadas con el objetivo de atenuar o eximir la prisión, sin embargo, únicamente en el caso que las medidas sustitutivas a la prisión preventiva se hayan aplicado estrictamente, se considerará que se habrá cumplido con lo que establece la Constitución y la ley. (Cervantes, 2020)

De igual manera, estas medidas son consecuencia directa de la aplicación del principio de proporcionalidad sobre la prisión preventiva y se consideran un punto intermedio entre esta y la libertad absoluta del procesado, sin embargo, la sustitución de la prisión preventiva se ha visto impedida de aplicación en ciertos casos, esto debido a la legislación procesal penal.

Como se mencionó anteriormente la proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva se determina desde que el Estado demuestre la existencia de medidas menos lesivas para alcanzar el fin deseado, entonces, es importante determinar qué medidas pueden aplicarse en concordancia con la obligación estatal de respetar los derechos fundamentales de las personas.

En el derecho penitenciario actual, en el ámbito internacional existe una tendencia marcada a suprimir la pena de prisión con motivo de su notable ineficacia como medio para combatir el delito y rehabilitar al ciudadano, la desaparición o sustitución de la pena por medidas alternas menos represivas, sería lo más correcto para la veneración de los derechos humanos, pero mientras no haya las condiciones debidas para ello, bien se podría comenzar por la eliminación de la prisión preventiva, porque el encarcelamiento en el proceso penal, a más de ser un estigma para los ciudadanos que podrían ser inocentes del delito imputado, representa para el país un alto costo económico y social. (Cervantes, 2020)

En conclusión, las medidas sustitutivas o alternativas son las que se aplican en lugar de la prisión preventiva, las mismas son aplicadas como resultado directo del principio de proporcionalidad, y se encuentran en un punto medio entre la privación y la libertad del procesado. Es relevante señalar que, en varios Estados, existe ya una

tendencia para la eliminación de esta medida considerándose ineficaz tanto para el combate del delito como para la rehabilitación de la persona.

Por último, hay que mencionar la resolución 14-2021 respecto a los requisitos de la prisión preventiva, contemplados en el Art.534 del COIP: los suficientes elementos de convicción sobre el ejercicio del delito; elementos de convicción claros, precisos y justificados de la autoría del procesado o cómplice de la infracción; indicios de los que se derive que las medidas cautelares no privativas de la libertad no son suficientes y que resulta importante la prisión preventiva; que sea una infracción que se sanciona con pena privativa de libertad superior a un año.

### **1.2.3.- Sustitución de la prisión preventiva en Ecuador**

La sustitución de la prisión preventiva, no solo se debe dar respecto de los estándares normativos internos, sino que se deben hacer conforme un control de convencionalidad de la norma, sin embargo, para un cabal entendimiento, se debe exponer el orden normativo vigente, para que se pueda analizar el mismo desde una posición crítica, lo que aportaría sustancialmente a la presente investigación.

Con respecto a la prisión preventiva el Art.535 del Código Orgánico Integral Penal señala, los casos en los que procede la revocatoria de la prisión preventiva: si han desaparecido los componentes de convicción que la dieron lugar, de igual forma, si el ciudadano procesado ha sido sobreseído o se ha ratificado su inocencia y si se genera la caducidad (Marín, 2018). Sobre este caso, no podrá ordenarse nuevamente la prisión preventiva. Por último, la declaración de nulidad que vulnere tal medida.

Es relevante señalar, que la prisión preventiva, conforme el contenido de la ley penal debe ser dictada si es que existen los suficientes componentes de convicción respecto a la existencia de un delito o que sean precisos y claros, asimismo, si el procesado es cómplice o autor del delito, lo que, denota que se mantiene un criterio muy tradicionalista ante situaciones supremamente delicadas al intentar dictar prisión preventiva en contra de un ciudadano. (Morillas, 2016)

La prisión preventiva se la debe dictar con los elementos de convicción suficientes que presuman la participación del procesado sobre el delito que es juzgado, la misma asegurará transparencia para emitir la medida cautelar que priva de la libertad a una persona. El Art.536 del COIP señala que la prisión preventiva puede ser sustituida por medidas cautelares que se establecen en la normativa, sin embargo, no pueden ser sustituidas las penas en que el tiempo de castigo es superior a cinco años, si no se cumple

la medida sustitutiva, el juez la dejará sin efecto y dentro del mismo acto dará la orden de la prisión preventiva.

Lo mencionado, debería ser la forma correcta de proceder, con el objetivo de evitar que el sistema penitenciario del país se sature, sin haber tenido una sentencia o no acogerse a las medidas cautelares que sustituyen la prisión preventiva. Por otra parte, el Art.537 señala que la prisión se sustituirá por arresto domiciliario y con la utilización de un dispositivo de vigilancia digital en los siguientes casos: si la procesada es una mujer en estado de gestación y este hasta noventa días posteriores al parto.

En casos que el infante nazca con enfermedades que necesiten cuidados especiales por parte de la madre, se extenderá hasta noventa días. Si el procesado es mayor de 65 años de edad y si el proceso presentará una enfermedad catastrófica en etapa terminal, una discapacidad severa o de alta complejidad (Moreno, 2018).

La normativa sobre la prisión preventiva en el Ecuador, resulta confusa, porque, por una parte, lo mencionado en párrafos anteriores es lo que establece el COIP, sin embargo, la Constitución en el Art.77 numeral 1, señala que la prisión preventiva tiene que ser la excepción, más no la regla general, porque esta medida es una de las más severas que se puede imponer al procesado (*Constitución de La República*, 2008).

#### **1.2.4.- Limitación de la sustitución de la prisión preventiva**

Como límites importantes de la prisión preventiva, la Corte IDH determinó que al ser la medida más dolosa que puede ser aplicada a la persona imputada de un delito, su uso debe ser excepcional, en virtud de que se limita por la presunción de inocencia, y, de igual forma, por los principios de necesidad y proporcionalidad, fundamental en una democracia, pues se considera una medida cautelar y no punitiva (*Romero Feris Vs Argentina*, 2019).

De esta manera, un juez no debe esperar hasta el instante de emitir una sentencia definitiva para que un ciudadano detenido recupere la libertad, sino que se tiene que evaluar frecuentemente si los motivos, necesidad y proporcionalidad son mantenidas y si la medida cautelar es definitivamente necesaria para la consecución de tales fines y si es proporcional, por lo que, frente a cada solicitud de liberación del detenido, el juzgador debe motivar aunque sea de manera mínima los motivos por los que considera que la prisión preventiva tenga que mantenerse. (Haro, 2021)

De lo que se menciona en el párrafo anterior, es importante indicar que en los casos que las personas procesadas por algún tipo de delito y se encuentran sin sentencia alguna, que el administrador de justicia sin que sea necesario esperar hasta el día de emitir la sentencia definitiva, puede revocar la medida de prisión preventiva, además la proporcionalidad de esta deberá siempre ser revisada para que no exista ningún tipo de vulneración en el proceso y de esta manera se pueda llegar a alcanzar una justicia efectiva.

En cualquier instancia en que se evidencie que la prisión preventiva no satisface tales condiciones de proporcionalidad, tendrá que dictarse el sobreseimiento, sin perjuicio de que el respectivo proceso continúe. De igual manera los requisitos para que sea emitida una formulación de cargos, se distinguen, de aquellos importantes para que se dicte prisión preventiva, pues para esta se exige, a más de cierto grado entendible de imputabilidad de la conducta de la persona, que la privación de libertad sea importante para no causar un daño al proceso que pueda ser provocado por el procesado. En resumen, como indica de forma categórica la Corte IDH, la regla tiene que ser la libertad del procesado mientras se soluciona acerca de su responsabilidad penal. (Jiménez, 2016)

Como análisis de la mencionado, la Corte IDH ha sido tajante en lo que respecta a la prisión preventiva, y ha manifestado que la regla general siempre debe ser la libertad de la persona procesada, durante el proceso penal. Sin embargo, contrariamente en la realidad ecuatoriana la prisión preventiva se podría considerar que es aún la regla, aunque la ley es clara al respecto, indicando que en cualquier instancia del proceso si no se puede evidenciar que existen los criterios de proporcionalidad especialmente, el juez debe ordenar la libertad inmediata del procesado, y sin que todo el proceso se vea afectado hasta el momento de la que la sentencia sea emitida.

### **1.3.- Control de constitucionalidad**

El fin de este apartado es explicar las implicaciones del control constitucional y los diversos modelos que existen, para así determinar cuál de estos es aplicado en la realidad ecuatoriana. Existen diversos paradigmas de control constitucional, que se estructuran por: 1) los órganos quienes los ejercen y 2) por sus tipos. Respecto de los primeros, se reconocen tres sistemas específicos: a) Por el órgano político, b) control concentrado y c) control difuso, estos se detallarán a continuación.

En el modelo del órgano político, se determina como órgano de constitucionalidad quien ejerce un control político, tiene sus bases en los postulados de Carl Schmitt, en la realidad ecuatoriana se aplicaba hasta el año 1992, en donde el Congreso de ese entonces

era el facultado para resolver si una norma es o no constitucional. En la actualidad es claro que ya no existe este sistema de control político, pero si hay órganos políticos que dan inicio al control. La realidad en este contexto se da porque la Asamblea aprueba las leyes, la que se remiten al Presidente de la República, quien puede objetar la norma y vetarla total o parcialmente y específicamente el control se ejerce cuando es remitida a la Corte Constitucional. (Ruiz, 2018)

Control concentrado, este modelo se encuadra en que solo un órgano ejerce el control de constitucionalidad, se puede adelantar que es el sistema que rige en la realidad ecuatoriana, posición que se sustentará en base a lo dispuesto por la alta Corte, quien precisamente es la que maneja este control. El control difuso, se entiende como el sistema que se reparte el ejercicio del control entre diferentes órganos, esto se aplicaba hasta la Constitución de 1998, en donde cualquier juez de primera instancia que conocía una causa tenía la facultad de declarar la inaplicabilidad de una norma que sea contraria a la Constitución, lo que era compartido con el Tribunal Constitucional.

Control abstracto y concreto, cuando se ejerce una acción por inconstitucionalidad de la norma, la pretensión se encausa en que la norma se expulse del orden jurídico, por ser que no se encuentra acorde a los lineamientos constitucionales. El control concreto, no obstante, se ejerce dentro de una causa que se está ventilando y aplicando la norma, y es el juez quien eleva a la Corte Constitucional, bajo duda razonable motivada la aplicación de la norma.

El control por la oportunidad, este puede ser de carácter represivo o preventivo, sobre el primero, se le conoce también como control posteriori o ex post facto, respecto del segundo, se lo ha nombrado como a priori o ex ante. La diferencia es que el represivo, reprime la inconstitucionalidad, lo que se entiende que se ejerce cuando la inconstitucionalidad y se ha producido. Un ejemplo claro, es cuando una norma constitucional entra en vigencia y es efectivamente el órgano de control el que lo declara como inconstitucional. En cuanto al control preventivo, este no reprime, sino que previene, es decir antes de que entre en vigencia una norma, el órgano debe actuar. (Galarza, 2021)

Por los efectos, en este sistema los fallos pueden tener efectos ex tunc y ex nunc, se diferencian, porque en base al primer se dicta una ley y respecto del segundo se promulga la misma, entonces, la dinámica de aplicación de estos latinismos se da porque en el ex tunc, las cosas volverían a un estado anterior, mientras que en el ex nunc la declaración de inconstitucionalidad se dará a futuro, esta realidad se daba en el Ecuador

hasta la Constitución de 1998, cuando se declaraba la inconstitucionalidad se declaraba de forma expresa que rige cuando se publique en el Registro Oficial y no operará con efecto retroactivo.

Por el inicio de la acción, en este sistema estas se pueden iniciar de oficio o a petición de parte y de modo automático. Respecto del primero, se da cuando la magistratura como órgano que ejerce el control puede de manera discrecional pronunciarse sobre la norma y no está obligada a realizar el control, pero tampoco se debe esperar que alguien demanda la inconstitucionalidad.

En la realidad actual ecuatoriana, de acuerdo a (Cervantes, 2020) se determina que únicamente existe el control concentrado de constitucionalidad. Por lo que esta facultad de control le concierne solo a la Corte Constitucional y es la que debe declarar la inconstitucionalidad de una norma y su consecuente invalidez. De esta manera, si bien los juzgadores deben advertir la existencia de disposiciones contrarias a la Constitución, deben hacerlo mediante consulta a la alta Corte. Es decir, bajo ninguna eventualidad, frente a la certeza de inconstitucionalidad de una norma, el juez puede dejar de aplicarlo al caso concreto.

Al respecto (Angulo, 2020) ha señalado lo siguiente:

La regla constitucional es clara, en la eventualidad que los jueces de primera instancia o de Corte Provincial, verifiquen contradicción de norma con relación a la Norma Suprema, deben suspender el trámite de la causa y enviar en consulta el expediente a la Corte Constitucional. De manera definitiva, se confirma que según el Art. 428 de la Constitución y haciendo una diferencia del control difuso, que se ejercía en la Carta Política de 1998, los jueces no pueden en ninguna manera inaplicar normas jurídicas y continuar con la sustanciación de la causa.

Así también, según con lo normado en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en el Art. 142, el administrador de justicia de primera instancia debe plantear la consulta de norma, únicamente si tiene duda razonable y motivada de que un precepto es opuesto a la Constitución o los instrumentos internacionales que reconozcan derechos más favorables a los dispuestos en la Constitución. Lo que lleva a entender que el juzgador, cuando conozca un caso concreto y se genere la duda razonable y motivada respecto de la constitucionalidad de la norma, debe formular la consulta en base al principio de motivación y justificar de manera clara que no se puede interpretar respecto de un enunciado normativo en base a los lineamientos constitucionales, por tanto, debe ser una justificación, suficiente, razonada y coherente

que la norma incumple con los lineamientos constitucionales e imposibilita la aplicación al caso concreto.

Por tanto, para una consulta de norma se pueda considerar motivada, debe cumplir con tres presupuestos mínimos:

Identificación del enunciado normativo pertinente, y que su constitucionalidad se eleve a consulta. – Los administradores de justicia están obligados de elevar a consulta a la Corte Constitucional al disposición normativa que se debe aplicar a un caso concreto que considera como inconstitucional, en este sentido los juzgadores deben identificar de manera clara los preceptos normativos que recaen en la presunción para que la Corte pueda ejercer el efectivo control, bajo esta premisa, no se pueden dar consultas respecto a interpretaciones infra constitucionales que se lleven a cabo en un caso específico y que no evidencien un problema que tenga importancia constitucional.

Identificación de las reglas constitucionales o principios que se presumen infringidos. – El momento de elevar una consulta a la Corte Constitucional, la obligación de los juzgadores no se limita únicamente a identificar el precepto normativo que se presume es opuesto a la Norma Suprema. Asimismo, tienen que encontrar los principios o reglas constitucionales que se consideran vulnerados mediante la ejecución de tal enunciado normativo.

El deber de motivación, que se contempla en el Art.76.7 de la Constitución, exige a los juzgadores y a los poderes públicos la motivación de sus decisiones, lo que no implica únicamente exponer las disposiciones normativas que son aplicables al proceso, sino que, asimismo, señalar los motivos por los que dichos enunciados son determinantes dentro del proceso. De esta forma, los jueces deben determinar la manera, las circunstancias y la justificación por las que tales enunciados son contrarios a la Norma Suprema.

Explicación y fundamentación de la importancia del precepto puesto en duda, sobre la decisión de un caso específico. – De forma sistemática y con todos los pormenores, el juzgador tiene que detallar y describir, los motivos por los que la norma es necesaria para la decisión de un proceso judicial, lo que no implica únicamente la identificación del enunciado normativo que supuestamente tiene que aplicarse al proceso, sino que, de igual manera, implica determinar como la interpretación del precepto normativo es importante para tomar la decisión, según la naturaleza del proceso y el instante procesal en la que se indica tal consulta.

Lo anterior, indica que los juzgadores no pueden elevar una consulta de constitucionalidad el momento que se presente la demanda, sino que el proceso debe ser sustanciado hasta la aplicación de una disposición normativa de constitucionalidad que genera duda, y que sea importante para la continuidad del proceso, o para la decisión de la cuestión.

## **CAPÍTULO II**

### **2.1 Jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador en relación a la limitación para sustituir la prisión preventiva en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años en el Ecuador**

#### **2.2 Estudio de caso Sentencia No. 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional**

En el estudio del presente caso con sentencia N8-20-CN/21, se analizará lo señalado en el COIP en el Art.536 y de igual manera el Art.77 de la Constitución del Ecuador, y la sentencia será analizada desde el antecedente hasta la decisión en torno a las medidas que adoptó la Corte, a manera de resumen se puede señalar que el inciso primero del Art.536 se lo declaró inconstitucional al ser contradictorio con lo que establece la Constitución sobre la prisión preventiva.

De igual manera, será importante el estudio de los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad, porque en el caso de la prisión preventiva deben analizarse cada uno de estos principios, por tanto, se debe detallar a profundidad para poder brindar una solución en los distintos casos a futuro. El presente análisis se divide en capítulos y subcapítulos en los que se indica todos los procesos que se llevó a cabo en la Corte para tomar la decisión de declarar inconstitucional el primer inciso del Art.536 del COIP.

##### **2.2.1 Temática a ser abordada**

La temática que se abordará es la prisión preventiva y la constitucionalidad del Art.536 del COIP ante el Art.77 de la Constitución, se analizará la respectiva sentencia y lo que establecen el orden jurídico interno, y el estándar jurisprudencial desarrollado por la Corte Constitucional y la Corte IDH, esto complementado con el criterio personal de la autora.

De igual manera, se realizará un análisis sobre el principio de excepcionalidad, el principio de proporcionalidad, y el principio de necesidad, porque dentro de las medidas cautelares es importante que el juez aplique los principios mencionados con la finalidad de no vulnerar los derechos de las personas que se encuentran dentro de un proceso penal.

##### **2.2.2 Puntuaciones metodológicas**

Como puntuaciones metodológicas, primero se debe determinar los requisitos que debe cumplir el juez de primera instancia para la petición de consulta de norma, que se configuran de la siguiente manera:

- Identificación del enunciado normativo cuya constitucionalidad se consulta.
- Identificación de los principios y/o reglas constitucionales que se presume se encuentran infringiendo, así como los motivos, circunstancias y razones por la que estos principios serían infringidos.

- Explicación y fundamentación clara y precisa de la importancia del enunciado normativo cuya constitucionalidad se eleva a consulta, en cuanto a la decisión definitiva de un caso específico, o la imposibilidad de seguir con el procedimiento de aplicar la norma.

De acuerdo al Reglamento de Sustanciación de Procesos de la Corte Constitucional y la Sentencia N ° 001-13-SCN-CC, la consulta de norma debe pasar por una fase de admisión, para efectivamente exista un pronunciamiento sobre la admisión o rechazo.

### **2.3 Antecedentes del caso concreto**

En el presente caso fueron procesados por presunto delito flagrante los ciudadanos Jhonnathan Andrés Blanco Tovar, Andrés Fernando Martino Tovar y Yoendry David Barreto Rivera, en audiencia del 30 de enero del 2020 se califica la fragancia y les formulan cargos por robo de acuerdo con el Art.189 del COIP. El 06 de febrero del 2020 los procesados solicitan la sustitución de la mediad conforme lo dispuesto en el Art. 521 del COIP. El 9 de marzo del mismo año, dentro de la sustanciación de la audiencia de medidas cautelares, la jueza de primera instancia decide suspender la misma y elevar a consulta de constitucionalidad el Art. 536 del COIP y el 12 de marzo del mismo año la jueza remite el proceso a la Corte Constitucional.

### **2.4 Procedimiento ante la Corte Constitucional**

El procedimiento ante la Corte Constitucional se configura de la siguiente manera. Si un juzgador frente a una causa concreta reconoce que un precepto aplicable para resolver la causa es contrario a la Constitución, no se puede declarar inaplicable, sino que se debe suspender su tramitación y remitir el expediente a la alta Corte, para que se esté quien decida de manera obligatoria, si el precepto es o no constitucional.

Para la sustanciación del proceso y de acuerdo con lo que establece el Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional y la Sentencia N ° 001-13-SCN-CC, la consulta de norma debe cursar una fase de admisión de manera previa a la sustanciación. En este sentido, una vez que se registra la consulta, se debe enviar a la sala de admisión, para que se dicte el auto de admisión, inadmisión o rechazo.

Una vez que ha sido admitida a trámite la consulta se debe sustanciar por el mismo juez que elabora la ponencia de auto de admisión, el mismo que deberá preparar el proyecto de sentencia. En el caso que la sentencia sea desestimatoria y la Corte no encuentra razones para que se declare la inaplicabilidad de la norma debe negar la consulta. Si la sentencia es estimatoria, la Corte puede declarar la inconstitucionalidad de

la norma consultada o la inconstitucionalidad de la aplicación en el caso concreto y de manera general, expulsar a la norma del orden jurídico o a su vez la Corte puede hacer una modulación en el efecto de la decisión, dictando una sentencia atípica en base a la presunción de constitucionalidad y permanencia del acto en el orden jurídico e *in dubio pro legislatore*.

#### **2.4.1 Argumentos de la consulta de constitucionalidad de norma**

Para la consecución de este apartado se debe poner de manifiesto, que en base al control concreto de constitucionalidad, los jueces de primera instancia, son quienes deben justificar sus argumentos, en base a la duda razonable respecto de la constitucionalidad de la norma, en este sentido, la jueza penal de primera instancia configura la consulta de norma respecto de la limitación que podría contener el Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal, el mismo que ha previsto como excepción que no procede la sustitución de la prisión preventiva, cuando la pena por el delito que se procesa supera los 5 años, es precisamente en este contexto que se desarrolla el razonamiento de la jueza (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

La jueza Paola Campaña Terán, parte del fundamento de hecho que dio inicio a la consulta de norma, reconociendo que en el caso se formula cargos a los ciudadanos por el delito de robo, que se sanciona con pena privativa de libertad de 5 a 7 años y subsume al espectro normativo determinado en el Art. 536 que es motivo de análisis. Una vez que ha expuesto el origen de la duda de constitucionalidad, empieza a esbozar las razones por las que generan la duda razonable y justificada, exponiendo su criterio, reconociendo que, con independencia de la sanción, en la aplicación de la prisión preventiva se debe observar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en armonía de lo dispuesto por la Constitución y los instrumentos internacionales (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Una vez que establece los principios como parámetros para la aplicación de la prisión preventiva, empieza hacer una explicación de cada uno, lo que hace que los argumentos expuestos no se determinen como amplios, sino que hace una verdadera justificación respecto de la posición que ha tomado, en este sentido, empieza por desarrollar el principio de excepcionalidad y que a pesar de no citar específicamente la sentencia de Corte IDH en la que se fundamenta, bien hace en enfatizar que la prisión preventiva como medida es de carácter excepcional y por tanto no se configura como la regla general, lo que es conforme lo establecido en la Constitución, específicamente en el Art. 77.1. Además, hace una aclaración

importante en cuanto a los fines de esta medida, reconociendo que esta es de carácter procesal y no punitiva, y de a poco va encausando la integralidad de los otros principios mencionados, reconociendo que al no tener la medida un carácter punitivo, las restricciones de la libertad se deben valorar en base a la necesidad de lo contrario se convertiría en una medida que anticipe la pena (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Ya expuesta la posición de la jueza en cuanto a la excepcionalidad, para generar una *sindéresis* en su argumento, cumple con la justificación del segundo principio que ha puesto de manifiesto, siendo el de necesidad, en este aspecto ha sido muy específica en exponer que la medida se debe adoptar estrictamente en la necesidad de garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la prosecución del proceso, en este sentido, la valoración de este principio se debe dar en función de la obstrucción y evasión, siendo condiciones indispensables para que la medida no se torne arbitraria, estos aspectos que como autora de la investigación se comulga con la jueza se extenderá en el análisis crítico de este capítulo (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Después de la justificación en base al principio de necesidad, la juez hace una crítica específica a la configuración legislativa del Art. 536 inciso primero del Código Orgánico Integral Penal, exponiendo que este impone un candado legal a los jueces, porque les impide analizar la prisión preventiva en base a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad. Así concluye que la norma motivo de la consulta está en franco conflicto con el Art. 77.1 de la Constitución, que es enfático en reconocer que la privación de libertad no es la regla general, porque en delitos superiores a los cinco años, imposibilita que la prisión preventiva se pueda sustituir por otra medida, a pesar de quien la solicita cumpla con las condiciones para poder beneficiarse de estas. Concretamente la juez expone que, en base al principio de mínima intervención penal, la prisión preventiva debe considerarse como último recurso y esto es imposible por la vigencia de la norma consultada (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Así también, no solo reconoce como límite para analizar la prisión preventiva en casos concretos al ser que la norma establece la improcedencia de la sustitución cuando la pena supere los 5 años, sino que en el inciso tercero de la misma norma añade la reincidencia como otra excepción, lo que hace imposible que la medida se pueda revisar en todos los delitos, por tanto asevera que el tipo de delito y la gravedad no se debe tomar en cuenta como elementos para la aplicación de la medida y que tampoco se debería incorporar estos aspectos en el orden normativo (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Para concretizar la posición de la jueza de primera instancia es pertinente exponer sus argumentos más trascendentales en las siguientes premisas:

Para aplicar la prisión preventiva se debe valorar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, para este cometido, de acuerdo con la Constitución y los instrumentos internacionales, se debe tomar en cuenta lo siguiente:

- La prisión preventiva es de carácter excepcional y no se configura como regla general. La medida es de carácter procesal y no punitivo. La restricción a la libertad se debe valorar en función de la necesidad y no como medida de anticipo de la pena. En base a la presunción de inocencia, la medida no debe ser un gravamen que exceda a una persona condenada y por ningún motivo se debe extender en el tiempo. La prisión preventiva debe mantenerse en constante revisión, para que se adopten medidas alternativas. La medida debe ser estrictamente necesario para la eficiente investigación y prosecución del proceso. La valoración de la aplicación se debe enfocar en la obstrucción y evasión del proceso, por tanto, debe verificarse estas condiciones para aplicarla, para que la medida no se torne arbitraria.

El Art. 536.1 establece un candado legal a los juzgadores que no les permite llevar a cabo un análisis de la prisión preventiva en base a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, esto de acuerdo al párrafo 21 del (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*)

La reincidencia como excepción determinada en el Art. 536 inciso tercero limita la posibilidad de que la medida se revise en todos los delitos y para todos los procesados.

## **2.5 Consideraciones y fundamentos de la Corte Constitucional**

### **2.5.1 Delimitación de la consulta**

La Corte Constitucional en la delimitación de la consulta parte precisamente identificando los aspectos que propone la juez de primera instancia, que se determina en las prohibiciones contenidos en el Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal, en cuanto a los aspectos por los que no cabe la prisión preventiva, siendo estos los siguientes: (i) en infracciones que se sancionan con pena privativa de libertad superior a cinco años, (ii) cuando se trate casos de reincidencia (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

La Corte en la sentencia del caso N ° 8-20-CN expone que al momento de que se efectuó la consulta, la prohibición que se basaba en la reincidencia aún no estaba en vigor y los procesados no estaban en el supuesto de ser reincidentes. Se reconoce que no estaba en vigencia porque la norma se suscribe el 17 de diciembre

del 2019 y se promulga seis meses después, tiempo en que todavía se estaba sustanciando el proceso, por esta razón considera la Corte que la jueza respecto a la reincidencia no ha podido justificar la posibilidad de aplicar al caso concreto la pertinencia para la resolución de la causa, por esta razón la Corte expresa que no le corresponde pronunciarse sobre la constitucionalidad de una prohibición que no se aplica a la causa (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En lo dispuesto, se verifica una de las exigencias más importantes cuando se lleva a cabo la consulta de constitucionalidad de la norma, y es que los argumentos se deben encausar a normas que se apliquen al caso concreto, por tanto, no puede hacerse sobre cualquier otra disposición del ordenamiento jurídico. Por tanto, es importante la aclaración que hace la Corte al exponer que mediante consulta de norma no corresponde a los jueces consultar en abstracto la constitucionalidad de una norma que no resulte aplicable al caso concreto que se debe resolver.

### **2.5.2 La prisión preventiva y la imposibilidad de sustitución en infracciones con sanción superior a 5 años de pena privativa de libertad**

En el presente acápite se tratará la prisión preventiva y la imposibilidad de sustitución en infracciones con sanción superior a 5 años de pena privativa de libertad, con el análisis respectivo de la sentencia, para de esta manera desarrollar lo mencionado.

De acuerdo a lo evidenciado en la sentencia, la Corte Constitucional, tiene varios puntos con los que concuerda con la jueza de primera instancia, pero para que sea más didáctico el entendimiento del presente análisis de caso, se expondrá los criterios más relevantes en base a esta temática (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En este sentido, la alta Corte deja en claro que el legislador ha previsto diferentes medidas cautelares como garantía de la eficacia del proceso penal para que se asegure la presencia del procesado, el cumplimiento de la posible pena y la reparación integral, esto como medio de prevención para el ocultamiento, alteración o destrucción de las fuentes de prueba y la obstrucción de su práctica e impedir la paralización del proceso penal, todos estos aspectos deben ser debidamente justificados por el juzgador cuando se dicte una medida, además se expone los fines que persigue la aplicación de la misma.

Además, reconoce que conforme el Art. 521 del Código Orgánico Integral Penal, estas medidas también pueden ser sustituidas, suspendidas o revocadas, porque por su naturaleza estas medidas se reconocen como instrumentales, provisionales y esencialmente mutables, lo que haría que estas se transformaran en el caso de modificarse las circunstancias que en un inicio fundamentaron su aplicación y que en definitiva estas

no subsistirían si no persisten los presupuestos que la justificaron. Esto ampliaría el espectro en la actuación del juzgador que inclusive pueda aplicar medidas que hayan sido negadas con anterioridad (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Se hace visible también que la Corte además de las objeciones de constitucionalidad llevada a cabo por la jueza que activó la consulta de constitucionalidad, expone también que, por la limitación establecida en el Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal, una vez dictada la medida es insustituible por otra media que se considere menos gravosa, aun cuando las circunstancias hayan cambiado como se explicó en el párrafo anterior, por ser que no se puede llevar a cabo una valoración en infracciones que se sancionen con una pena privativa de libertad superior a 5 años (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*). Así también la Corte, ha sido clara en reafirmar la problemática planteada en la presente investigación por cuanto, reconoce que hay una tensión entre la prisión preventiva como salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía de los derechos del demandado, por tanto, hace extensiva la posición fundada de que esta medida se reconoce como ultima ratio.

Es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos en base a lo que desarrolla el Art. 77 de la Constitución. (ii) Si es idónea como medida cautelar para el cumplimiento de su fin. (iii) Si es necesaria, por ser que no existe otras medias menos lesivas que de igual manera podrían cumplir con el fin que se pretende; y (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal resulta proporcional al alto nivel de afectación de los espectros de libertad del procesado. Si la prisión preventiva no se diera en este sentido, se configuraría como una restricción injustificada y arbitraria. Este argumento desarrollado por la Corte, parte de la aplicación del principio de convencionalidad, puesto que se fundamenta en lo desarrollado en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Todo lo expuesto se determina, en lo que ya se había establecido en decisiones anteriores llevadas por la alta Corte, reconociendo que la Norma Suprema reconoce a la prisión preventiva como una medida excepcional, que posee como finalidad: (i) garantizar la comparecencia del procesado, (ii) garantizar el derecho a las víctimas a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones y (iii) que se asegure el cumplimiento de la pena, por lo que no puede pretender un fin punitivo o de cumplimiento anticipado de la pena, lo que se traduce en que no debe ser el fin el castigo del procesado, esto en base al principio de presunción de inocencia (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En la parte motiva de la sentencia Caso N ° 8-20-CN la Corte reconoce que inclusive no solo es suficiente que se cumplan con los requisitos cuando se dicte la medida, porque la afectación a la libertad del procesado tiene que mantener la justificación constitucional a lo largo de toda su vigencia, porque a medida que transcurre el tiempo la medida se puede tornar arbitraria, incluso si cuando se ha dictado se lo ha hecho bajo parámetros legales y constitucionales, inclusive los fundamentos que en un principio fundamentaron la aplicación de la medida pueden tornarse como constitucionalmente inadmisibles o innecesarios por la concurrencia de hechos o evidencias que generen la aplicación de medidas menos gravosas, he aquí la importancia de que no existan límites para que se aplique la medida (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Al respecto del tiempo el Art. 77.9 de la Constitución ha planteado un plazo máximo de caducidad para la aplicación de la prisión preventiva, no obstante, a pesar de existir un plazo máximo, esto no implica que este sea proporcional para la generalidad de los casos, porque la restricción de libertad se configuraría como arbitraria antes de que opere la caducidad, esto en base a las circunstancias del caso. Es ahí donde se determina la importancia en que el juzgador pueda continuamente llevar a cabo una revisión de la prisión preventiva para verificar la restricción de los derechos del procesado y si estos siguen siendo constitucionalmente admisibles (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

De lo expuesto, la Corte se adelanta a las posibles objeciones en cuanto a lo planteado, puesto que se puede presentar el argumento de que, en cualquier caso, de negarse la sustitución de la prisión preventiva, se puede recurrir a la decisión, pero es clara en reconocer que esta no puede ser saneada por esta fase procesal, porque la medida podría perder el justificativo de constitucionalidad a lo largo de la vigencia (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En base a todas las consideraciones expuestas, la Corte acoge el criterio de la juzgadora de primera instancia y concluye que, la prohibición de sustitución de la prisión preventiva en infracciones que se sancionan con pena privativa de libertad superior a cinco años del inciso primero del Art. 536 del Código Orgánico Integral Penal es contrario al Art. 66.14 y 77.1 de la Constitución, pues configura la imposibilidad de que se sustituya la prisión preventiva, en caso que se haya perdido su fundamento constitucional y se haya vuelto arbitrario.

### **2.5.2 Efectos de la sentencia**

Sobre los efectos de la sentencia en análisis es importante indicar que los efectos que tuviere el fallo de una consulta de norma son diferentes, esto depende

de que, si el pronunciamiento de la Corte únicamente se limita a la resolución de la constitucionalidad de la aplicación de tal disposición jurídica o si esta posee injerencia con la compatibilidad de las normas constitucionales, todo lo mencionado en este párrafo es según el Art.143 de la LOGJCC (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Dentro del caso de la presente sentencia en estudio, en vista de que la Corte realizó una examinación minuciosa de la compatibilidad constitucional del inciso 1 que corresponde al Art.536 del COIP, resolvió que la sentencia dispondrá de los mismos efectos de los que disponen las sentencias de control abstracto de constitucionalidad esto según el Art.143 de LOGJCC en su numeral 1, sin que tenga ningún tipo de perjuicio el principio de favorabilidad y su aplicabilidad en el caso que corresponda su aplicación. Entonces, la Corte declaró inconstitucional únicamente la frase contenida dentro del primer inciso del Art.536 del COIP sanciona con pena privativa de libertad de cinco años (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

## **2.6 Análisis crítico de la sentencia constitucional**

Respecto al parámetro crítico de la sentencia, hay que exponer cual es el objetivo de la Corte Constitucional, para una correcta motivación de la sentencia, en este caso es el de pronunciarse sobre todas las objeciones a la constitucionalidad de la norma, que ha concebido como duda razonable la jueza de primera instancia, bajo este aspecto es importante, exponer las premisas argumentativas, desarrolladas por la jueza de primera instancia, determinándose las siguientes:

1. Para aplicar la prisión preventiva se debe valorar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de acuerdo con la Constitución y los instrumentos internacionales.

2. La prisión preventiva es de carácter excepcional y no se configura como regla general.

3. La medida es de carácter procesal y no punitivo.

4. La restricción a la libertad se debe valorar en función de la necesidad y no como medida de anticipo de la pena.

5. En base a la presunción de inocencia, la medida no debe ser un gravamen que exceda a una persona condenada y por ningún motivo se debe extender en el tiempo.

6. La prisión preventiva debe mantenerse en constante revisión, para que se adopten medidas alternativas.

7. La medida debe ser estrictamente necesario para la eficiente investigación y prosecución del proceso.

8. La valoración de la aplicación se debe enfocar en la obstrucción y evasión del proceso, por tanto, debe verificarse estas condiciones para aplicarla, para que la medida no se torne arbitraria.

9. El Art. 536.1 establece un candado legal a los juzgadores que no les permite llevar a cabo un análisis de la prisión preventiva en base a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

10. La reincidencia como excepción determinada en el Art. 536 inciso tercero limita la posibilidad de que la medida se revise en todos los delitos y para todos los procesados.

En cuanto al punto 1, en el que determina la jueza de primera instancia que para aplicar la prisión preventiva se debe valorar los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de acuerdo a la Constitución y los instrumentos internacionales, la Corte en el párrafo 38 de la sentencia infiere someramente acerca de la necesidad y proporcionalidad y en el párrafo 43, también lo hace de forma muy concreta sobre la excepcionalidad, sin embargo, por ser muy concreto lo establecido por la Corte, no extiende los elementos de fondo que tal vez si lo hacen los instrumentos internacionales, esto en función de que la objeción de la juez de primera instancia es claro que debe hacerse en un contexto constitucional y de tratados internacionales, precisamente esta será el aporte de esta investigación y que se plasmará en apartados posteriores (*Caso N° 8-20-CN, 2021*).

En cuanto al punto 2, el cual versa sobre que la prisión preventiva es de carácter excepcional y no se configura como regla general. Específicamente la Corte acoge esta perspectiva y la fundamenta en el párrafo 43 de la sentencia, sin embargo, un corolario que aporta a este argumento también es lo dispuesto en el párrafo 32 de la sentencia, la cual reconoce como una medida mutable, por tanto, existirá circunstancias que puedan cambiar y desvirtúen la justificación de constitucionalidad de la medida, precisamente por esta realidad se la considera de última ratio y no como regla general (*Caso N° 8-20-CN, 2021*).

En cuanto al punto 3, en que la jueza considera que la medida es de carácter procesal y no punitivo, esto se extiende en el argumento de la Corte establecido en el párrafo 32 de la misma, la cual no solo que la reconoce como procesal, sino que extiende su carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable, es por estas características

que la medida debe ser valorada y no considerarle como una pena anticipada (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En cuanto al punto 4, en que la jueza ha determinado que, la restricción a la libertad se debe valorar en función de la necesidad y no como medida de anticipo de la pena, de acuerdo al párrafo 38, la necesidad se determina en que no existan medidas menos gravosas y es claro que el fin no es una sanción al procesado, al respecto el párrafo 37 expone las consecuencias de aplicar la prisión preventiva como la medida más gravosa reconocida, además el párrafo 4° ha sido claro en reconocer que la medida no persigue fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Respecto del punto 5, el cual determina la jueza que, en base a la presunción de inocencia, la medida no debe ser un gravamen que exceda a una persona condenada y por ningún motivo se debe extender en el tiempo, al respecto de este punto, es claro recalcar que es uno de los aspectos más analizados en la sentencia por parte de la Corte, en este sentido el párrafo 44, expone que la grave intromisión a la esfera de libertad del procesado debe hacer que se mantenga el justificativo de constitucionalidad, durante toda la vigencia de la medida, en razón de que por el transcurso del tiempo, esta se puede tornar arbitraria, inclusive si al momento de adoptarla cumplía con parámetros legales y constitucionales. De la misma manera el párrafo 46, reconoce que el mero transcurso del tiempo puede ser que altere el examen inicial de proporcionalidad de la medida que se ha adoptado de manera previa y el peso del reclamo de libertad del procesado aumenta efectivamente con el paso del tiempo. Como corolario y no menos importante es lo establecido en el párrafo 47, que también tiene que ver con el tiempo, pero en base a la caducidad de la medida, determinándose que a pesar de estar normada en la Constitución esta podría no ser proporcional (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Con relación al punto 6, en el cual la jueza de primera instancia ha reconocido que, la prisión preventiva debe mantenerse en constante revisión, para que se adopten medidas alternativas. Este criterio es acogido por la Corte, y se desarrolla en el párrafo 48, el cual faculta al juzgador que frecuentemente pueda llevar a cabo una revisión de la prisión preventiva que verifique la restricción a los derechos del procesado, lo que se determina constitucionalmente admisible. Por tanto, de forma concreta ha enfatizado que es tarea del juez analizar de forma periódica la proporcionalidad para efectos que se determine si la medida se debe mantener (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Respecto del punto 7, en la que la jueza de primera instancia ha determinado que la medida debe ser estrictamente necesario para la eficiente investigación y prosecución

del proceso, la Corte, no hace un análisis extensivo al respecto, más aún cuando en función del principio de convencionalidad los instrumentos internacionales determinados en las sentencias de Corte IDH profundiza el análisis, en este caso solo se ha tomado en cuenta los lineamientos constitucionales y la interpretación del juez ponente, en este sentido, el párrafo 38, ha determinado que la medida es necesaria cuando no existan otras medidas menos gravosas (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En base al punto 8, la valoración de la aplicación se debe enfocar en la obstrucción y evasión del proceso, por tanto, debe verificarse estas condiciones para aplicarla, para que la medida no se torne arbitraria, en base a lo dispuesto, no se verifica que la Corte haya hecho un análisis específico en cuanto a la obstrucción y evasión del proceso, siendo estos términos trascendentales en cuanto a la aplicación de la medida, precisamente esto se va argumentar en la fase propositiva de la presente investigación (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En función del punto 9, en el que la juez, estima que el Art. 536.1 establece un candado legal a los juzgadores que no les permite llevar a cabo un análisis de la prisión preventiva en base a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, esto criterio es tomado por parte de la Corte, inclusive se puede decir que es la conclusión a la que llega la mismas, específicamente en el párrafo 56, sin embargo, no toma en cuenta los principios establecidos como requisitos (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Con relación al punto 10, en el que la juez de primera instancia determina que, la reincidencia como excepción determinada en el Art. 536 inciso tercero limita la posibilidad de que la medida se revise en todos los delitos y para todos los procesados, este aspecto no se ha tomado en cuenta bajo el argumento de los criterios de la Corte por lo ya explicado en la etapa de admisibilidad.

### **2.6.1 Apreciación crítica respecto de los argumentos desarrollados por la Corte Constitucional**

Como se verificó en el anterior apartado la jueza ponente de la Corte Constitucional, ha inferido sobre la mayoría de los aspectos que ha generado duda en la jueza de primera instancia, inclusive ha acogido la mayoría de sus criterios, sin embargo, a punto de vista de quien suscribe, era necesario que se desarrolle un mayor argumento en base a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, y desarrollarlos en base a los instrumentos internacionales, es decir, lo establecido en la jurisprudencia de Corte IDH. No obstante, lo que se saca a relucir de lo inferido en la sentencia es que la regla general debe ser la libertad y que debe ser revisada por el

juzgador paulatinamente para que se verifique que esta sea estrictamente necesaria (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Se toma en cuenta el contexto de los instrumentos internacionales, por cuanto la consulta y la sentencia, van de un mismo argumento, limitar el populismo y el punitivismo penal, en este sentido es importante tomar en cuenta lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, porque ésta a consideración de la autora, se determina como más abarcativa respecto de estos aspectos y es precisamente lo que se pretende demostrar en la parte propositiva de la presente investigación, esto en función de que por el principio de convencionalidad y la cláusula abierta de constitucionalidad, lo desarrollado en los instrumentos internacionales, se entiende como parte de la Constitución, así no estén literalmente escritos en la misma. Lo que hace extensivo que el garantismo constitucional, no se da de forma aislada en la realidad ecuatoriana, sino que este se determina en función de un consenso global como necesidad de reconocer y proteger los derechos de las personas y más aún cuando se afecta una esfera tan delicada como es la libertad (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Para generar el contexto que se establecerá en la parte propositiva, es importante reconocer que la prisión preventiva es una medida de la que ha sido abusada en la historia de la región y no es la excepción la realidad ecuatoriana, inclusive los primeros acercamientos data de la década de los 80, en donde se puso atención al drama provocado por la aplicación de esta medida, hasta que en los años 90 lo reconoce la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como una realidad, estos aspectos controversiales siguen perennes en la actualidad, por tanto, es importante aportar una solución a partir de la Convencionalidad (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

En este sentido la prisión preventiva como medida no depende del cumplimiento de requisitos formales, esto es importante, porque se determina dentro de cuestiones de legitimidad de la aplicación de la medida aspecto que no ha tomado en cuenta la Corte en su argumentación, de manera que no responde a la subsunción de la norma interna, sino que debe estar conforme a lo desarrollado en los instrumentos internacionales, esto será extendido en apartados posteriores, es así que la valoración de la medida no se debe hacer como la mecánica de un ejercicio matemático o como se ha estado aplicando, justificando su aplicación únicamente si se presentan los arraigos correspondientes, sino que el juzgador debe verificar los requisitos constitucionales y convencionales para que se efectivice la calidad de última ratio de la medida (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Además, en cuestión de la realidad procesal, si bien es cierto la Corte solo debe pronunciarse de las objeciones establecidas por las juezas de primera instancia, pero no se podía dejar pasar la realidad procesal en cuanto a la aplicación de los arraigos, que es una práctica generalizada en la realidad ecuatoriana y que dicho sea de paso no se encuentra establecido en la norma penal, en tal virtud, esta práctica nace porque algún iluminado, le pareció relevante valorar si la persona tiene domicilio o trabajo estable, para determinar que no existe un eminente peligro de fuga, lo cual, estaría configurándose como un acto discriminatorio, en este sentido quien no presente un arraigo se ha hecho obligatorio aplicarle la prisión preventiva (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

De forma concreta todas las medidas que se determinen restrictivas de derechos, para su aplicación deben cumplir con una estricta justificación, como en este caso la prisión preventiva, para cumplir con este fin, se tiene herramientas como el análisis de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad, sin embargo, si no se tiene en claro estos principios y los subprincipios que intervienen en los mismos es claro que la prisión preventiva se va a seguir aplicando de manera arbitraria, esto porque no estaría conforme a los parámetros establecidos por el principio de convencionalidad, es decir, que debe estar acorde a los lineamientos constitucionales y de los instrumentos internacionales (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

### **2.6.2 Métodos de interpretación**

Sobre los métodos de interpretación constitucional en el presente análisis se utilizó lo mencionado en el Art.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el cual señala que las normas constitucionales deberán ser interpretadas en el sentido más apegado hacia la Constitución, sin embargo, en caso de que existan dudas, la interpretación se la deberá realizar en el sentido que sea más favorable a la vigencia plena de los derechos que se reconocen en la Constitución (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

Ahora específicamente en el método de interpretación que corresponde a la sentencia en estudio, fue utilizado el principio de proporcionalidad, y este indica que, en el caso de existir contradicciones entre normas o principios, y que no sea posible su resolución mediante las reglas para solucionar las antinomias, entonces al existir un conflicto de normas entre el Art.536 del COIP y el Art.77 de la Constitución, es así que el principio de proporcionalidad será aplicado (*Caso N ° 8-20-CN, 2021*).

### **2.6.3 Propuesta personal solución del caso**

Para la propuesta personal en cuanto a la solución del caso, es importante partir de lo que se denomina el control de convencionalidad y los componentes que desarrollan el estándar jurisprudencial desarrollado por la Corte IDH en función de la aplicación de la prisión preventiva, para lo cual es pertinente partir de la concepción de arbitrariedad que así mismo se encuentra extendido en los criterios de los instrumentos internacionales.

Para establecer el contexto de convencionalidad, es imperativo que se exponga la responsabilidad de los Estados que forman parte de la Convención IDH, que se agota en el cumplimiento de los instrumentos internacionales, como la jurisprudencia de la Corte IDH, por ser que su aplicación se determina con carácter *ius cogens*, por lo cual es pertinente que los tribunales nacionales y los internacionales influyeran de manera recíproca para que en base a un auxilio mutuo, tutelaran las libertades fundamentales.

Para afianzar lo establecido, es imperativo se desarrolle lo que se conoce como bloque de constitucionalidad, siendo el medio propicio para ejercer un control constitucional integral, siendo parte de este fin los instrumentos internacionales y entre estos la jurisprudencia desarrollada por la Corte IDH, esto conduce a la aplicación del principio de cláusula abierta, por el cual, los informes desarrollados por la Convención, la jurisprudencia desarrollada por la Corte y las opiniones consultivas, son lo que se conoce como instrumentos internacionales y por tanto estarían formando parte de la Constitución.

De esta manera los juzgadores deben adecuar sus actos al control de convencionalidad, siendo importante que los Corte Constitucional, en base a sus sentencias guíe a la aplicación de los estándares establecidos por la Corte IDH, en este sentido, los jueces confrontarían el derecho local con el internacional, para que se garantice los derechos que se desarrollan en los instrumentos internacionales, en este sentido, es inexorable la necesidad que se plantee este confrontamiento en base a la aplicación de la prisión preventiva.

Para estructurar el estándar jurisprudencial, es necesario que se descomponga de manera esquemática los componentes específicos en función de la prisión preventiva los cuales, se desarrollan a continuación:

Respecto de la proporcionalidad, el estándar de convencionalidad ha planteado que, si bien la pena privativa de libertad se puede dar en un marco de legalidad, esta puede sufrir una carencia de proporcionalidad. (*Caso López Álvarez Vs Honduras, 2013*).

A pesar de que existe una amplia cantidad de jurisprudencia en base a este principio, a perspectiva de la autora, ha sido importante tomar en cuenta lo que establece el caso *Romero Feris Vs. Argentina*. (*Romero Feris Vs Argentina*, 2019).

De esta manera, expande la interpretación a un aspecto de legitimidad, y ha sido claro que esta no se agota en la aplicación de la norma positivada en el marco jurídico local, sino que se tiene que dar en función de la Convención IDH y para que efectivamente se cumpla con este fin, está la importancia de la cláusula abierta de constitucionalidad, por la cual se determina que los pronunciamientos de la Corte IDH, forman parte de la Constitución.

En cuanto a la limitación de principios se reconoce que: “la prisión preventiva se limita a los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, que son elementos indispensables en una sociedad democrática” (*Caso López Álvarez Vs Honduras*, 2013).

De lo expuesto se colige que, cuando la prisión preventiva no se aplica en base a estos principios, se estaría afectando a la sociedad democrática, configurándose una arbitrariedad respecto de la libertad de las personas.

Con relación a la aplicación excepcional, el caso como estándar de convencionalidad ha dispuesto que: “... se puede ordenar la prisión preventiva del imputado solo de manera excepcional y cuando no exista otras garantías que asegure la comparecencia al juicio” (*Usón Ramírez vs Venezuela*, 2009).

De acuerdo con lo desarrollado, el lineamiento de este principio se observa en caso de que no se cuente con otras medidas que puedan garantizar la comparecencia del procesado, siendo esta una base para la solución problemática.

La excepcionalidad se configura al complementarse con el límite de principios para el desarrollo de la sociedad democrática, la Corte Interamericana de manera reiterada ha establecido que para una medida privativa de libertad este acorde a las garantías establecidas en la Convención, la aplicación tiene que revestirse de un carácter excepcional, mediante el respeto de la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensable en la sociedad democrática (*Caso J Vs Perú*, 2014).

En cuanto a las medidas alternativas a la privación de libertad, el caso ha determinado que: “...a criterio de la Core las autoridades internas deben preponderar

imponer medidas alternativas a la prisión preventiva so pena de que se desvirtúe su carácter excepcional...” (*Romero Feris Vs Argentina*, 2019).

En este sentido, cuando se aplica la prisión preventiva, sin preponderar medidas alternativas, habría una afectación a la excepcionalidad, más aún, cuando en el país se intenta desde la óptica de juristas y la sociedad, que se aplique como regla la prisión preventiva, sobre todo en casos de corrupción, peculado y enriquecimiento ilícito. Si se aplicare de esta forma la media, se estaría incumpliendo con el control de convencionalidad de las decisiones judiciales. Cuando se infiere acerca de medidas alternativas, dentro del contexto y como corolario es inherente la libertad de la persona. (*Rosadio Villavicencio Vs Perú*, 2019).

El cual dispone que, “...la Corte ha sido clara en señalar que la regla general debe ser la libertad del imputado hasta que se resuelva respecto de la responsabilidad penal...”. Por tanto, al ser la libertad la regla en estos casos es de irrestricto cumplimiento. (*Rosadio Villavicencio Vs Perú*, 2019).

Es importante inferir también sobre la legitimidad de la prisión preventiva, y al respecto se ha reconocido el fin legítimo como la garantía de libertad, que ha pesar de no haberse configurado de manera eficiente en el orden jurídico interno, se debe aplicar el control de convencionalidad en donde efectivamente se dispone a la libertad como la regla general. De lo establecido, se evidencia que la prisión preventiva no se puede dictar con solo indicios de culpabilidad, en cuanto al fin legítimo no se verifica una definición propiamente dicha. (*Caso Barreto Leiva Vs Venezuela*, 2009).

Para subsanar lo anterior, es imperativo referirse al caso, en el cual se extiende el análisis del significado del fin legítimo, “como la medida que se debe imponer a sabiendas de que el procesado, no impida el desarrollo del procedimiento, ni eluda la acción de la justicia” (*Romero Feris Vs Argentina*, 2019).

Así también, ha expuesto que el peligro procesal no es susceptible de presunción, sino que debe verificarse en cada caso, fundamentándose en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

De lo inferido, el fin legítimo plantea que la prisión preventiva evita que el procesado no permita el procedimiento y la administración de justicia, además que no eluda la misma, pero aquí también plantea un requisito indispensable en la motivación y es que se verifiquen las circunstancias objetivas dentro del caso, sin que exista presunción.

Esto es trascendental, más en el Ecuador, porque en los casos de corrupción se utiliza la prisión preventiva de forma estandarizada y si los jueces dictan medidas alternativas son señalados por la sociedad, configurándose el reconocido populismo penal, lo que limita el control de convencionalidad *ex officio*, por ser que la sociedad está marcada por tanta impunidad de políticos que no se han sancionado por los delitos que han cometido, en este sentido, al aplicar esta medida en base a una estigmatización social no garantizaría su excepcionalidad, por tanto estaría incumpliendo con el fin legítimo.

En relación con las características personales y gravedad del delito, se puede determinar que los estándares jurisprudenciales de la Corte IDH toma muy en cuenta estos aspectos a la hora de decidir sobre la aplicación de la medida. Específicamente el caso el cual reconoce que las características personales del presunto autor y la gravedad del delito que se le imputa, no son por sí mismos justificación suficiente para la aplicación de la prisión preventiva (*Caso López Álvarez Vs Honduras*, 2013).

En función de lo mencionado en el párrafo anterior, lo estipulado no hace una restricción cerrada, porque las características personales y la gravedad del delito en parte si se reconoce como una justificación para que se aplique la prisión preventiva, pero no se reconoce como una justificación suficiente, en este sentido es un aspecto que se puede considerar, pero no se puede decidir en base a estas características personales y más aún cuando la realidad ecuatoriana, que se intenta aplicar la medida de forma estandarizada en los casos de corrupción.

En función de la prisión preventiva como medida cautelar y no punitiva, , siendo que se establece esta realidad de forma concreta, es menester por parte de la autora de la presente investigación extender un análisis de su contenido, de esta manera se evidencia que la Corte al declarar a la prisión preventiva como medida, no busca que se le sancione al sancionado en ninguna manera, por ser que se encuentra amparado por el principio de inocencia, una sanción se debe dar cuando más allá de toda duda razonable y en base a la valoración probatoria, se le ha declarado culpable dentro de un proceso(*Caso López Álvarez Vs Honduras*, 2013).

En función del límite temporal según el criterio de lo razonable, la Corte se ha pronunciado al respecto de la siguiente manera: "...aun cuando medien razones para que se mantenga a una persona en prisión preventiva, el periodo de la detención no debe exceder el límite de lo razonable" (*Arguelles y otros Vs Argentina*, 2019).

Para generar un complemento debido a lo expuesto, es importante traer a colación lo desarrollado en el caso del límite temporal es una salvaguarda a la arbitrariedad”. En base a lo establecido, es evidente que el límite a la privación de libertad se debe dar conforme a lo razonable como salvaguarda de la arbitrariedad, pero esto no deja claro específicamente en que tiempo se rebasa el límite de lo razonable (*Wong Ho Wing Vs Perú*, 2018).

Al respecto el Art. 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, ha establecido que, los ciudadanos que han sido detenidos o retenidos se las debe llevar sin demora ante un juzgador u otro funcionario que lo autorice la ley y tendrá el derecho de que se le juzgue en un plazo razonable o ser puesto en libertad, sin perjuicio de continuar el proceso. De lo expuesto se colige que, no se plantea un tiempo específico que pueda incumplir el límite de lo razonable (Convención Americana Sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, 1969).

De tal guisa, es indispensable acudir a la doctrina, en donde se ha reconocido que, una persona que se encuentra privada de la libertad, más de diez años no puede volver a la normalidad, en tal virtud se debe tener como base de tasación ese tiempo, es importante se aclare que lo dispuesto no significa que la prisión preventiva debe tener un límite de diez años, sino que debe ser tomado en cuenta, para que se proporcione su aplicación. Sin embargo, en la realidad ecuatoriana, específicamente en el Art. 541 del Código Orgánico Integral Penal, se establece que la prisión preventiva no puede pasar de seis meses en delitos con sanción de una pena de hasta 5 años y de un año en delitos con una pena mayor a cinco años (Ferrajoli, 2016),

Respecto de la motivación, se ha establecido que: “...para respetar la presunción de inocencia en razón de medidas restrictivas de libertad, es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, de acuerdo a cada caso concreto los requisitos referidos y exigidos en la Convención...” (*Usón Ramírez vs Venezuela*, 2009). En base a lo expuesto, para que se respete la presunción de inocencia, se debe motivar de manera clara y motivada en relación con el caso concreto, bajo los parámetros establecidos y requeridos en la Convención, lo que se traduce en la limitación de los principios en los que se funda la motivación, como son la legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y la proporcionalidad.

Sobre los indicios de responsabilidad, se debe aclarar que no es justificación suficiente para que se aplique la prisión preventiva, al respecto es importante señalar que:

se restrinja el derecho a la libertad por medio de medidas como la prisión preventiva debe haber indicios suficientes que permita suponer de forma razonable que el procesado ha tenido participación en el ilícito (*Caso J Vs Perú*, 2014).

Sin embargo, aún si se verifica la privación de libertad del procesado no debe residir en un fin preventivo – general o preventivo especial, aspecto que se le atribuye a la pena, sino que únicamente se puede fundar en un fin legítimo. De lo establecido se colige que, si bien existe una verificación razonable en cuanto a los indicios de participación del procesado, este no debe ser el fundamento específico para que se dicte la prisión preventiva como medida, sino que se debe motivar en base al fin legítimo, de no ser así, se estaría incurriendo en una clara anticipación de la pena, contraviniendo el principio de inocencia.

En base a todo lo expuesto y para concretizar la propuesta de solución, que se determina en los aspectos que debe tomar en cuenta el juzgador para dictar la prisión preventiva, puesto que la sentencia estudiada no ha hecho extensivo todos los requisitos que debe cubrir el juez a la hora de aplicar la medida, se establece este complemento en relación con el cumplimiento de las siguientes premisas, que resultan de todo lo inferido en los párrafos anteriores:

Motivación: Para aplicar el principio se debe verificar las siguientes premisas:

- En base a la presunción de inocencia, se debe fundamentar y acreditar en manera clara y motivada en relación con el caso concreto, la existencia de los requisitos establecidos en la convención.

Proporcionalidad: Para que se aplique este principio, se debe verificar cuatro elementos que conforman el test de proporcionalidad:

- Medida legítima: No se aplica en base al orden jurídico local, sino que tiene que estar conforme a la Convención.
- Medida idónea: La medida tiene que aplicarse con el objetivo de que el procesado comparezca al proceso, siempre que no existan otras medidas menos gravosas para que se cumpla el fin.
- Medida necesaria: Se debe aplicar para garantizar el fin del proceso, la necesidad debe ser valorada en virtud de que el procesado no impida el desarrollo adecuado de la investigación y que no evite la acción de la justicia.
- Medida proporcional: La medida no tiene que ser igual o más gravosa que la pena en caso de condena.

Aplicación excepcional: Para cumplir con este principio se debe verificar las siguientes premisas:

- La regla general es la libertad hasta que se resuelva la responsabilidad penal del procesado.
- No deben existir otras garantías que aseguren la comparecencia del procesado.
- Se debe respetar la presunción de inocencia.
- Se debe desvirtuar su carácter excepcional.

Legitimidad de la prisión preventiva: Para cumplir con este principio se debe verificar las siguientes premisas:

- No se puede dar únicamente por indicios de culpabilidad.
- Se debe aplicar ante un verdadero peligro de fuga del procesado
- Se debe aplicar si el procesado impide el desarrollo del proceso.

Características personales y gravedad del delito: Para cumplir con este principio se debe verificar las siguientes premisas:

- Las características personales del presunto autor y la gravedad del delito por el que se le procesa no son justificación suficiente para aplicar la prisión preventiva.

Límite temporal: Para cumplir con este principio se debe verificar la siguiente premisa:

- La detención no debe rebasar el límite de lo razonable.

Indicios de culpabilidad: Para cumplir con este principio se debe verificar la siguiente premisa:

- Tienen que verificarse indicios suficientes que lleven a suponer de forma razonada que el procesado ha participado en el ilícito.

Es importante que se dé solución a los temas que no trató la Corte Constitucional, como es el caso de la reincidencia para la aplicación de la sustitución de la prisión preventiva en el caso de reincidencia, al respecto, el juez Ramiro Ávila Santamaría, ha determinado que se podía haber resuelto por conexidad, sin embargo, a punto de vista de quien suscribe, la jueza ha hecho bien en respetar el orden normativo y aspectos de formalidad en cuanto a su resolución, pues conceptos de conexidad, si bien pueden estar fundamentados en un plano teórico, no se subsume al orden legal, sin embargo, se debe reconocer que no se ha estudiado jurisprudencia respecto a esta posibilidad, por tanto, no sería posible alargarse en esta temática y a sabiendas que no entra en el contexto planteado en la presente investigación.

De igual manera, es importante tomar en cuenta lo desarrollado en el apartado de propuesta personal de solución del caso, puesto que, aquí en cierto sentido se ha completado los requisitos que debe tomar en cuenta el juzgador a la hora de aplicar la prisión preventiva como medida, esto en función del principio de convencionalidad y los estándares desarrollados por la Corte IDH, inclusive puede tomarse en cuenta estos aspectos como parámetros para que ejerza el razonamiento el juzgador y lo traduzca en una motivación clara y precisa.

La difusión de la presente investigación en la academia es relevante, en el sentido de ver si se puede generar un aporte en aras del garantismo que se ha podido determinar y se exige en la aplicación de la prisión preventiva como medida, pues ha perspectiva personal de la autora, siente que se ha desarrollado un complemento además de lo dispuesto por la alta Corte y es precisamente este el fin de la academia, preponderar el análisis crítico para aportar soluciones a aspectos jurídicos que se da en la práctica del ejercicio.

### **Criterio Personal**

En definitiva, yo en calidad de jueza constitucional estoy de acuerdo con la presente sentencia, ya que dentro de la historia de nuestro país ha existido un abuso desmedido de la prisión preventiva como medida cautelar, lo ha ocasionado un hacinamiento carcelario y esto conlleva a los amotinamientos que ocasionan las muerte de cientos de personas privadas de libertad.

### **Conclusiones**

En cuanto a determinar cómo se limita a la sustitución de la prisión preventiva en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años conforme a la sentencia No.8-20-CN/21, se concluye que, en base a la perspectiva de la juzgadora consultante, con base al principio de mínima intervención penal, la prisión preventiva como medida cautelar se debe considerar como último recurso en aplicación del orden constitucional, por tanto, que se limite la posibilidad de sustituir por medio de normas integradas al orden jurídico penal, impide que se efectivice este principio. De lo cual, la Corte Constitucional acoge este criterio mencionando que efectivamente existe un límite en la aplicación de la sustitución a la prisión preventiva que no deja posibilidad a extender un examen de necesidad y proporcionalidad de esta, la cual no se ve saneada en la posibilidad de recurrir a la decisión, pues esta perdería su justificativo constitucional a lo largo de su vigencia.

Respecto de estudiar la prisión preventiva, su aplicación y la limitación para sustituirla en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años, bajo un marco crítico, se ha concluido que, hay aspectos que debe tomar en cuenta el juzgador para dictar la prisión preventiva, siendo requisitos que no se encuentran específicamente en el marco constitucional, pero si en el orden convencional, específicamente en los estándares de convencionalidad desarrollados por la Corte IDH, la cual desarrolla aspectos de motivación, proporcionalidad (medida legítima, idónea, necesaria y proporcional), aplicación excepcional, legitimidad de la prisión preventiva, características personales y gravedad del delito, límite temporal, indicios de culpabilidad, aspectos que se han complementado en esta investigación específicamente en el apartado de propuesta personal de solución del caso.

Con relación al análisis de la jurisprudencia constitucional ecuatoriana en relación a la limitación para sustituir la prisión preventiva en infracciones sancionadas con penas privativas de libertad superior a cinco años en el Ecuador, mediante el estudio de la Sentencia No.8-20-CN/21 de la Corte Constitucional, se colige que si bien solventa todas las razones por las cuales la jueza de primera instancia, concibe que esta norma no está conforme al orden constitucional, no se toma en cuenta para incidir en una integralidad, los parámetros convencionales desarrollados por los instrumentos internacionales, puesto que como se ha explicado a lo largo de la investigación estos forman parte del bloque de constitucional a causa de la cláusula abierta de constitucionalidad, en este caso los instrumentos internacionales vienen a formar parte de la Constitución a pesar de que estos no se encuentren materialmente escritos en la carta política.

## Bibliografía

- Alexy, R. (2009). Argumentación jurídica, el juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad. *Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 1(599), 1–26.
- Angulo, M. (2020). *La prisión preventiva, su uso proporcional y racional en el Ecuador bajo estándares del sistema interamericano de derechos humanos*. 169–214. *Revista Derecho Penal Central*
- Armienta, G. (2020). *El principio de proporcionalidad y la justicia fiscal*. 153–174.
- Asamblea Constituyente de Montecristi. (2008). *Constitución de la República*
- Caro, J. (2018). *El principio de proporcionalidad como límite en la afectación de derechos fundamentales en materia penal • José Antonio Caro John1 Introducción*. *Universidad de Bonn*
- Cervantes, A. (2020). Las Medidas Cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Ruptura*, 02, 171–210. <https://doi.org/10.26807/rr.vi02.23>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Caso N ° 8-20-CN.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Barreto Leiva Vs Venezuela*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso Usón Ramírez vs Venezuela*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2013). *Caso López Álvarez Vs Honduras*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). *Caso J Vs Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2018). *Caso Wong Ho Wing Vs Perú*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Caso Arguelles y otros Vs Argentina*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Caso Romero Feris Vs Argentina*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2019). *Caso Rosadio Villavicencio Vs Perú*.
- Ferrajoli, L. (2016). La Carcel: Una contradicción institucional. *Crítica Penal y Poder*, 1–10. *Derecho y Razón*
- Galarza, C. (2021). El modelo de MacCormick como esquema de motivación para la aplicación de los estándares de la CIDH en la fijación de la prisión preventiva. *Ciencia Unemi*, 14(37), 1–14. <https://doi.org/10.29076/issn.2528-7737vol14iss37.2021pp1-14p>
- Haro, R. (2021). La prisión preventiva: Breve estudio en Argentina y Ecuador.

- Tratamiento en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*.
- Hernández, I. (2011). Prisión provisional y garantías. *Revista de La Facultad de Ciencias Jurídicas*, 16/17, 37–82.
- Jiménez, M. (2016). Desaparición de la prisión preventiva. *Revista Ius*, 1(19). <https://doi.org/10.35487/rius.v1i19.2007.183>
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador.*, Defensoría Pública del Ecuador, Serie Justicia y Defensa
- López, S. (2017). El principio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad: una aproximación al caso ecuatoriano. *Estudios de Deusto*, 65(1), 185. [https://doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp185-217](https://doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp185-217)
- Marín, J. (2017). Las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico chileno: su tratamiento en algunas leyes especiales. *Revista de Estudios de La Justicia*, 0(8), 13–37. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i8.15100>
- Marín, J. (2018). Las medidas cautelares personales en el nuevo código procesal penal chileno. *REJ - Revista de Estudios de La Justicia*, 1, 9–54.
- Moreno, V. (2018). Sobre el derecho de defensa. Cuestiones generales. *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 8, 17–40.
- Morillas Cueva, L. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho*, 34(1), 1.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, Tratados multilaterales interamericanos 24 (1969). [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf)
- Riofrío, J. (2016). Alcance Y Límites Del Principio De Proporcionalidad. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 283–309. <https://doi.org/10.4067/s0718-34372016000100012>
- Ruiz, R. (2018). Algunas Aplicaciones E Implicaciones Del Principio De Proporcionalidad Some Applications and Implications of the Principle of Proportionality. *Revista Telemática de Filosofía Del Derecho*, 14, 27–44.
- Támara, C. (2020). El principio de legalidad como exigencia mínima de legitimación del poder penal del Estado. *Revista Oficial Del Poder Judicial. Órgano de Investigación de La Corte Suprema de Justicia de La República Del Perú*, 12(14), 247–264. <https://doi.org/10.35292/ropj.v12i14.267>
- Yucasi, J. (2017). *Doctrina Constitucional 253 253 gaceta constitucional n ° 47*

