



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**EL SIMBOLISMO PENAL EN LA APLICACIÓN DE LA
PRISION PREVENTIVA**

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de
Abogada de los Tribunales de la República

Autora: **Dominique Anahí Cruz Guerra**

Director: **Dra. Julia Elena Vásquez**

Cuenca-Ecuador

2024

DEDICATORIA

Dedico esta tesis principalmente a Dios, quien supo guiarme por el camino correcto, dándome las fuerzas necesarias para seguir adelante y no rendirme ante los problemas que se presentaban.

A mi maravillosa familia, quienes por ellos soy lo que soy, pues la calidez de su amor me ha dado forma y por ellos nunca me faltó nada: a mi amada madre, una mujer que se levanta todos los días con su inquebrantable fortaleza, siendo un ejemplo de amor puro y valentía, orientándome con paciencia y sabiduría en cada etapa de mi vida: a mi padre, un hombre magnífico que ha sabido demostrar su compasión, su empatía y una madurez admirable para enfrentar cualquier adversidad, quien me supo aconsejar, apoyar y ser mi compañero y amigo incondicional en todo momento: a mis hermanos, por ser mi soporte en los instantes más cruciales de esta experiencia, por alentarme cuando sentía que quería rendirme, por ser los mejores amigos que Dios pudo enviar a mi vida y a quienes amo más de lo que las palabras podrían expresar.

Por último, le dedico esta tesis a mi abuelita Elsa Rodríguez, quien me ha acompañado y me ha cuidado desde siempre, dándome la fuerza necesaria para alcanzar mis metas y siendo un grandioso ejemplo de superación, valor y tenacidad.

AGRADECIMIENTOS

Un agradecimiento especial a mi directora Dra. Julia Elena Vásquez, por confiar en mis capacidades para poder culminar este trabajo de graduación y por sus constantes palabras de aliento durante todo el transcurso de su elaboración. De igual manera, quiero extender mis agradecimientos al distinguido tribunal conformado por el Dr. Juan Carlos Salazar, por su colaboración para hacer posible el presente trabajo. A la Universidad del Azuay por brindarme a los profesores más honorables y permitirme vivir una experiencia que llevare conmigo para siempre.

Pecaré de omisión seguramente en mi cometido de agradecer a todas las personas que me ayudaron durante estos años de universidad, pero no podría dejar de mencionar a mis mejores amigos; mi Pocholito, por transformar mi vida y llenarla de los momentos más maravillosos, por siempre brindarme su ayuda desinteresada, su apoyo y su amor incondicional y por enseñarme el verdadero significado de lealtad por medio de sus bondadosos actos; mi Chumcito, porque su amistad llegó en el momento más oportuno, cuando la vida parecía algo sombría y apagada, porque con su sentido del humor y su carisma, ha logrado que esta etapa no sea tan rutinaria, enseñándome a salir adelante siempre con una sonrisa en el rostro; a mis mejores amigas Gaby, Anita y Carol, porque su cariño, soporte y confianza han sido invaluable.

Finalmente, a mi Patito, por ser mi complemento, mi compañero de aventuras y siempre creer en mí. Su amor, aceptación y confianza hacia lo que soy capaz de ser y hacer, cambiaron mi vida.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	I
AGRADECIMIENTOS.....	II
ABSTRACT	V
RESUMEN.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I.....	3
DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y EL POPULISMO PENAL	3
1.1. Derecho penal simbólico.	3
1.1.1 Concepto de Derecho Penal Simbólico.....	3
1.1.2 Causas que producen la aparición del Derecho Penal Simbólico	5
1.1.3 Características del Derecho Penal Simbólico.....	7
1.1.4. Efectos del Derecho Penal Simbólico	10
1.2. Populismo Penal como instrumento del Derecho Penal Simbólico (Generalidades).....	14
1.2.1. Concepto y rasgos del populismo punitivo	15
1.2.2. El papel de los medios de comunicación	20
CAPÍTULO 2	22
LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES	22
2.1 La Prisión preventiva	22
2.1.1 Concepto de la prisión preventiva.....	22

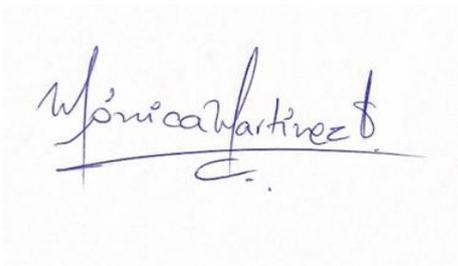
2.2.2 Evolución de la prisión preventiva en la teoría penal	23
2.2.3 Procedimientos y requisitos formales	28
2.2.4 El abuso de la prisión preventiva en el Ecuador	33
CAPÍTULO III	38
INFLUENCIA Y EFECTO DEL SIMBOLISMO PENAL EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA	38
3.1 El simbolismo penal como factor de disminución de garantías en la aplicación de la prisión preventiva.....	38
3.2 La alteración al principio de última ratio de la prisión preventiva por efectos del simbolismo penal.	46
3.4 La erradicación del simbolismo penal en la prisión preventiva y sus beneficios	49
CAPÍTULO IV	55
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	55
4.1. Conclusiones.....	55
4.2. Recomendaciones	58
BIBLIOGRAFIA	60

ABSTRACT

The excessive and arbitrary application of the precautionary measure of pre-trial detention is a circumstance that has been evidenced in the Ecuadorian penal procedural model from recent years until the present. Due to the influence of various factors such as penal populism and the immense continuous failures in our justice system, it has paved the path for a figure that fulfills an important role in the shortcoming of our justice operators and legislatures. We are referring without a doubt to the Symbolic Penal Law, which generates a type of contradiction between what it states as an objective with the creation of norms and with what occurs when executed in practice. Proving that the excessive application of pre-trial detention, the absence of functionality of the alternative measures to the aforementioned, and the breach of the principle of last resort are in accordance with what is established in the Integral Organic Penal Code (COIP, due to its initials in Spanish).

Keywords: symbolic penal law, pre-trial detention, penal populism

Approved by

A handwritten signature in blue ink, reading "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath. The signature is written in a cursive style.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, Mgt.
Cod. 29598

EL SIMBOLISMO PENAL EN LA APLICACIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA

Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. (Claus Roxin).

RESUMEN

La aplicación desmedida y arbitraria de la medida cautelar de prisión preventiva es una circunstancia que se ha podido evidenciar en el Sistema Penal Ecuatoriano en los últimos años e incluso hasta la actualidad. Debido a la influencia de varios factores como el populismo penal y las inmensas fallas persistentes en nuestro sistema de justicia, se ha dado paso a una figura que entra a jugar un papel importante en las falencias de nuestros operadores de justicia y legisladores. Estamos refiriéndonos efectivamente al Derecho Penal Simbólico, mismo que viene a generar una especie de contradicción entre lo que se plantea como objetivo con la creación de las normas y lo que sucede ya en la práctica. Constatando así, la excesiva aplicación de la prisión preventiva, la falta de funcionalidad de las medidas alternativas a la misma y el quebrantamiento del principio de última ratio, conforme a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal.

PALABRAS CLAVE: DERECHO PENAL SIMBÓLICO / PRISIÓN PREVENTIVA/
POPULISMO PENAL

INTRODUCCIÓN

De acuerdo al COIP la prisión preventiva es una medida cautelar que debe ser aplicada de última ratio. Es así como, a través de la presente investigación, se pretende dejar en evidencia cómo esta medida ha sido dictada por jueces, fiscales y, en general, por los distintos operadores de justicia de manera desmedida y, hasta cierto punto, de forma arbitraria.

Efectivamente, se busca evidenciar cómo los legisladores se suelen servir ilegítimamente del derecho penal para producir efectos simbólicos en la sociedad, es decir, estamos hablando de otra figura que será analizada conjuntamente con la prisión preventiva, que es el derecho penal simbólico, con el objetivo de visibilizar las transformaciones sociales recientes a las que no puede cerrar los ojos la política criminal entre dichas transformaciones cabe citar el creciente protagonismo de los medios de comunicación. Este fenómeno ha adquirido en los últimos tiempos un alcance bastante inquietante, de ahí la necesidad de que surjan estudios detenidos que le presten la atención que merece.

El capítulo I inicia examinando el simbolismo penal conjuntamente con el populismo penal. Se analizará desde el punto de vista de la doctrina, con el objetivo de poder determinar cómo se encuentra conceptualizado dentro del marco de lo jurídico, estableciendo también las causas que generan el Derecho penal simbólico y sus efectos en las distintas instituciones que conforman el sistema penal ecuatoriano, entre ellas y de la que trata efectivamente nuestro estudio, en la prisión preventiva.

En el capítulo II se analiza la medida cautelar de prisión preventiva. Se analizará su evolución y concepto, determinando el procedimiento y los requisitos formales que se deben observar para que se efectúe su cumplimiento, denotando como dichos requisitos

han pasado a un segundo plano, obteniendo como resultado un abuso en la aplicación de la prisión preventiva dentro de nuestro sistema ecuatoriano.

En el capítulo III se va a destacar a la figura de la prisión preventiva, pero determinando como esta medida es influenciada por el derecho penal simbólico y como el simbolismo penal conlleva a un manejo arbitrario de la misma. Es decir, como su indebida aplicación vulnera principios consagrados en la Constitución, dejando de lado al resto de medidas alternativas establecidas en el COIP y, también como la falta de una adecuada estructura de estas medidas alternativas o, a su vez, sustitutivas conllevan a los operadores de justicia a aplicar la prisión preventiva de manera desmedida.

CAPÍTULO I

DERECHO PENAL SIMBÓLICO Y EL POPULISMO PENAL

1.1. Derecho penal simbólico.

1.1.1 Concepto de Derecho Penal Simbólico

Cuando hablamos de Derecho Penal Simbólico debemos comprender que es algo bastante nuevo en cuanto a su concepto nos referimos, tomando a consideración que es un fenómeno que ha surgido desde la época de los ochenta dentro de la rama penal. No obstante, se buscará la manera de acercarnos lo más posible a lo que debemos entender cuando lo abordamos. Por tanto, podemos destacar el concepto del autor Borja Jiménez, quien manifiesta que el derecho penal simbólico es una manera de legislar para resolver conflictos sociales que consisten en que, ante un conflicto penal grave que alarma a la sociedad, los medios de comunicación alarman a la sociedad con un constante aprovechamiento del espacio para vender, con criterios de la ideología (lucrar), y ante esa alarma social surge odio hacia el presunto culpable (es culpable sin proceso).

El tratadista Alessandro Barrata manifiesta que el Derecho Penal Simbólico da una ilusión de seguridad y un sentimiento de confianza en el ordenamiento y en las instituciones que tienen una base real cada vez más escasa: en efecto, las normas continúan siendo violadas y la cifra oscura de las infracciones, altísimas.

Aquel efecto de ilusión que genera la utilización de simbología dentro de la rama penal, genera una paz que es irreal dentro de la convivencia social, ya que el verdadero problema no va a ser resuelto, lo que trae como consecuencia la falta de protección al bien jurídico que se pretende proteger.

Cabe recalcar que la función primordial del bien jurídico es orientar el sistema penal, pues marca los límites de la potestad punitiva del Estado; en el sentido de que, la única restricción previamente dada para que el legislador tipifique una conducta, se encuentra en verificar si ésta lesiona o pone en peligro a un bien jurídico, por tanto, este concepto se vuelve vinculante en un Estado de Derecho basado en la libertad del individuo. Desde esta lógica, estos límites se han visto afectados por la inclusión de tipos penales con enfoque de Derecho Penal Simbólico que no protegen ningún bien jurídico, lo que genera como consecuencia una expansión del poder punitivo.

En ese sentido, Roxin, sostiene: [...] se trata de preceptos penales que no despliegan en primera línea efectos protectores concretos, sino que, confesándose partidarios de determinados valores o condenando conductas consideradas reprobables, pretenden servir para la autoafirmación de grupos políticos e ideológicos. A menudo también sucede que sólo se persiguen apaciguar al lector [...].

En el Derecho Penal Simbólico encontramos tipos penales con estructura formal basada en la dogmática jurídico-penal, es decir, que tienen incorporado en su estructura un precepto sancionador, sin embargo, son ineficaces.

Es importante mencionar que los efectos simbólicos, por su parte, están conectados o ligados a la finalidad de transmitir a la sociedad determinados mensajes o contenidos valorativos, y su influencia queda limitada a las mentes o conciencias, en las que producirían emociones. Por tanto, el valor que tienen los efectos simbólicos es bastante confinado, tomando en cuenta que no miran primariamente a la protección de bienes jurídicos ni originan cambios de comportamiento en la realidad social.

Es así como en palabras de Felipe Rodríguez Moreno, quien de forma muy certera conceptualiza al Derecho Penal Simbólico, de la siguiente manera:

El Derecho Penal Simbólico son todos aquellos preceptos prohibitivos que contemplan una pena, pero que se legislan e incorporan al Código Penal a sabiendas de que no serán aplicados, únicamente como herramienta política utilizada para responder a las exigencias de los ciudadanos frente a sus gobernantes.

[...] El análisis del Derecho Penal Simbólico jamás puede ser generalizado y debe ser sometido a un exhaustivo análisis individualizado para determinar su existencia total, parcial o nula, según el lugar donde se pretenda aplicar. (Rodríguez, 2013)

De los conceptos expuestos, se puede deducir lo que se va a tratar en el presente trabajo, que será demostrar la influencia que tiene la simbología en la medida de prisión preventiva, trayendo como consecuencia el desamparamiento del resto de medidas alternativas a la misma, que se encuentran reconocidas en el COIP y que solo tendrían fines demostrativos para que la ciudadanía vuelva a tener confianza en el sistema de justicia, obteniendo una paz que solo será transitoria ya que el problema se mantendrá y no existirá una tutela efectiva, teniendo como efecto la vulneración reiterada de los derechos de los ciudadanos que son presuntamente culpables.

1.1.2 Causas que producen la aparición del Derecho Penal Simbólico

Es de suma importancia comprender las razones de la aparición del Derecho Penal Simbólico para así poder determinar las causas que lo genera y, de esta manera, entender porque se sigue extendiendo este fenómeno que no solo se presenta en nuestro país sino en distintas legislaciones del mundo, pero sobre todo y específicamente, en aquellas que cuentan con una deplorable representación popular a través de todos los políticos que se encuentran liderando, dado que, no suelen contar con una formación adecuada en las Ciencias Jurídicas o Políticas, lo cual trae como efecto el hecho de que, en muchas circunstancias no puedan llegar a determinar si realmente es viable transformar una

conducta en delito, de tal modo, se estaría generando afectaciones innumerables al sistema de justicia, lo cual acarrea que los ciudadanos no vuelvan confiar en la misma.

El autor ecuatoriano Rodríguez Moreno, de manera acertada establece las causas que producen la aparición y la extensión del derecho penal simbólico, las cuales son:

- a) La identificación con la víctima.
- b) La atomización y pluralismo de una determinada sociedad conduce a que existan bastantes proyectos de vida con diferentes grados y maneras de valoración según el tiempo y la idiosincrasia.
- c) La globalización del Derecho Penal. (Rodríguez Moreno, 2013).

Estos tres elementos mencionados, según el autor, son los que han influenciado para que se produzca la aparición del derecho penal simbólico porque, en primer lugar, la víctima potencial tiene un rol primordial, y cuando nos referimos a víctima “potencial” estamos hablando del hecho de que cualquier persona puede convertirse en víctima, esto debido a que se introduce en la mente de la sociedad que el problema es lo suficientemente grave como para que la población se identifique con la víctima, básicamente porque pueden llegar a convertirse en aquella en algún momento.

Con respecto al segundo elemento, hace referencia al hecho de que, para cada persona, existe un distinto proyecto de vida y, a más de eso, una diferente forma de materializar dicho proyecto, por lo tanto, el Estado al mirar el “interés general” busca suplir ciertas deficiencias que se interponen y limitan el desarrollo de vida efectivo de todos los individuos, acudiendo exclusivamente al Derecho Penal como único medio para alcanzar dichos fines, sin tan siquiera haber previsto otro tipo de protección, lo cual es totalmente contrario a lo que sucede en la realidad.

El último elemento hace referencia a la globalización, es decir, a una consecuencia que colige a todo el mundo, por lo que, no se puede negar su repercusión dentro de la rama penal, esto debido a la finalidad que persigue, que es poder identificar de manera global los conflictos de toda la población, no obstante, esto es totalmente adverso a la realidad debido que cada norma y disposición normativa responde a una realidad distinta que le es propia de cada sociedad y que jamás va a poder ser igual.

En efecto, todos los elementos mencionados son los causantes del Derecho Penal Simbólico, ya sea conjuntamente o de forma individual, adentrándose cada vez más en nuestra sociedad y volviéndose, hasta cierto punto, in combatibles.

1.1.3 Características del Derecho Penal Simbólico

Una vez que hemos analizado la definición del Derecho Penal Simbólico desde el punto de vista de las distintas concepciones que se han abarcado y las causas del mismo, es menester referirnos a sus características, con el objetivo de poder entender e interrelacionar todo lo analizado hasta aquí. Por tanto, entre las distintas características que abarcan a este fenómeno, a continuación, se procede a destacar las más importantes y significativas.

En primer lugar, cabe hacer cierto énfasis en la falsa confianza generada en la sociedad al obtener por parte del legislador distintas normas y disposiciones penales que, en principio, parecen ser eficientes y eficaces para la protección de derechos fundamentales de todos los ciudadanos, de tal forma que, estos empiezan nuevamente a tener confianza tanto en los legisladores como en el sistema de justicia empero, aquello no es más que una falsedad. En virtud de dicha circunstancia, Polaino Navarrete sostiene que:

El Derecho Penal Simbólico busca causar confianza en toda la ciudadanía, generando una creencia de que la sociedad se protege a sí misma y que las disposiciones normativas de derecho penal son efectivas. (Polaino Navarrete, 2012, pág. 144)

En segundo lugar, el Derecho Penal Simbólico tiene como siguiente característica el no contar con un efecto funcional para lograr luchar contra la delincuencia y comisión de infracciones, así como para eliminar los problemas y conflictos sociales ligado al carácter simbólico de las normas que, de acuerdo a Baratta (1994), es la contradicción entre lo que el legislador tiene como objetivo, lo que declara perseguir o lo que realmente se hace, llegando a la conclusión de que el derecho penal se convierte cada día en un simple instrumento político, es decir, lo que hace el Estado es producir normas sin ningún contenido verdaderamente útil, dando respuestas irreales e inapropiadas frente a los problemas de seguridad o de delincuencia, de tal forma, el Estado únicamente simula un compromiso, políticamente hablando, que no es real, siendo relevante comprender que lo que se pretende con la norma es muy distinto a lo que se dice querer.

Como tercera característica, analizamos cómo en algunos casos, se obtiene muy poca protección y tutela de los derechos y, en otros casos, la nula protección al bien jurídico que se busca obtener. Aquí es importante hacer una distinción en los diferentes casos que hemos mencionado con respecto al hecho de que, o bien no exista un bien jurídico protegido que esté correctamente definido o, a su vez, si se evidencian figuras penales que protejan bienes jurídicos como la vida, la integridad, libertad, etc. Según lo que vamos a abarcar en el presente trabajo tanto en el capítulo segundo como en el capítulo tercero, es importante plantearnos la pregunta ¿cuál es el bien jurídico protegido en la prisión preventiva cuando su aplicación es excesiva?

Característica que se fundamenta en las palabras del autor Winfried Hassemser, al expresar que “El Derecho Penal Simbólico se da bajo formas muy diversas: Derecho

Penal que está menos orientado a la protección del bien jurídico que a efectos políticos más amplios como la satisfacción de una necesidad de acción” (Hassemer, 1995, pág. 13).

Como cuarta característica tenemos que el Derecho Penal Simbólico responde únicamente a fines políticos; para poder comprender profunda y debidamente esta singularidad tomamos las palabras del autor Borja Jiménez para explicar que, debido a la ignorancia del legislador, los jueces y todos los operadores de justicia ponen como oferta el supuesto de erradicar todos aquellos conflictos que aquejan a la ciudadanía por un lado y, por otro lado, intentar apaciguar dichos problemas aplicando y utilizando mecanismos como lo es la prisión preventiva sin realizar un análisis jurídico penal realmente profundo y minucioso que abarca a cada caso en concreto, lo que ocasiona que la protección que se busca no sea la más certeza, se vulneren derechos y, además, dicha circunstancia únicamente responda a fines políticos.

Como quinta característica se hace alusión a la política criminal orientada a la consecuencia la política criminal moderna opera bajo la nueva criminalización y agravación de penas, concentrándose en los tipos y amenazas, pero no en las consecuencias del derecho penal. Actualmente, el derecho penal hace frente a una verdadera crisis de cara a la existencia del derecho penal simbólico. Arraigado a los tipos penales en los que lo que priva es la protección de riesgos.

El simbolismo en el Derecho Penal puede desplegar efectos en distintos ámbitos como el educativo, ético social y de integración social en la conciencia ciudadana, no obstante, estas por sí solas no son funciones reglamentarias del Derecho Penal bloqueando así la legítima función instrumental del mismo. Afirmando de tal manera la circunstancia de que el derecho penal ha sido utilizado como un instrumento por parte del legislador y demás operadores penales para brindar una supuesta respuesta ante el incipiente ola de crímenes que se cometen diariamente, lo cual ha devuelto y generado confianza en la

ciudadanía, no obstante, ese apaciguamiento únicamente vendría a ser temporal ante la imposibilidad de aplicar la norma o ante la ineficacia de la misma o su constante abuso, ya sea porque el crimen aumentó, la sanción que se impuso se lo hizo de manera excesiva o no se la empleó de manera efectiva por defectos que no se previeron por parte del legislador y trayendo como resultado la pérdida de fiabilidad por parte de la ciudadanía al sistema de justicia.

La última característica y que, en mi opinión considero una de las más importantes ya que engloba a todas las anteriores es que el Derecho Penal Simbólico responde a la opinión pública como consecuencia de los medios de comunicación que tienen una posición relevante y preponderante en el tema del periodismo, por esa razón podemos calificar a dicha situación como una burla, dado que, estos en su intención de transmitir a la población información que denota un estilo de periodismo con información falsa o exagerada, logran captar la atención del público y, por lo tanto, obtener mayor número de seguidores, potencializando problemas sociales hasta el punto de generar preocupación y alarma de un gran porcentaje de la población.

1.1.4. Efectos del Derecho Penal Simbólico

Para poder comprender los efectos que conlleva el Derecho Penal Simbólico, debemos partir de los llamados efectos simbólicos que están intrínsecamente conectados a la finalidad de transmitir a la sociedad ciertos mensajes o contenidos valorativos y el alcance de su influencia estaría limitado únicamente a las mentes o conciencias, es decir, no atienden primordialmente a la tutela efectiva de bienes jurídicos ni generan cambio alguno en la realidad social. Estos efectos simbólicos siempre han estado presentes en las ciencias jurídicas, pero especialmente en el Derecho ya que está latente respecto a todas las personas y en todas sus actividades empleando la simbología en muchas ramas del Derecho para alcanzar determinados objetivos.

El verdadero problema resulta cuando esta simbología a la que nos hemos referido, es trastocada o cuando los motivos o razones de su existencia son alterados, buscando frenar dichos problemas que desgastan a los ciudadanos aplicando mecanismos de ultima ratio y dejando de lado a aquellos que aún ni siquiera han sido usados pero que de igual manera han sido descartados por distintas circunstancias que jamás tuvieron lugar; por tanto, se realiza una crítica bastante fuerte y reiterativa en cuanto al papel que tienen los legisladores y los operadores de justicia (pseudos representantes de la sociedad). La crítica se expande a todos aquellos que han banalizado la rama penal quienes se sirven ilegítimamente del derecho penal para producir únicamente efectos simbólicos en la sociedad (Díez, 2002, pág. 64).

Empero, los efectos simbólicos no son los únicos existentes en la rama penal, sino que también tenemos a los efectos instrumentales. Díez Ripollés se refiere a los efectos instrumentales como aquellos que se encuentran vinculados al fin o la función de protección de bienes jurídicos para modificar la realidad social mediante la vía de prevenir la realización de comportamientos indeseados.

De ese modo, podemos destacar tres efectos con el objetivo de profundizar y entender mejor el tema a tratar. Tenemos, por tanto, los efectos simbólicos, instrumentales, los efectos expresivos y los efectos integradores:

- Efectos instrumentales: son aquellos que, como ya mencionamos, suponen una cierta modificación en los comportamientos humanos en la realidad social, por esta razón el Derecho Penal en gran parte sí deberá fundamentarse sobre los efectos instrumentales, ya que cumplen con el objetivo de prevención de la pena. Sin embargo, eso no modificará de modo alguno a los

delincuentes en potencia siendo aplicables para ellos la prevención especial que abarca, por un lado, la rehabilitación y, por otro, la protección de la ciudadanía, no obstante, y mirando dicha circunstancia desde un punto de vista mucho más realista, en muy pocos de los casos se obtendrá un resultado efectivo, tomando a consideración que en sistemas de rehabilitación tan débiles e involucrados en temas de corrupción como lo es el Ecuador, estas finalidades de rehabilitación resultan totalmente utópicas e inalcanzables de cumplir, logrando solamente salvaguardar a la sociedad de manera temporal e incierta, porque la realidad recae en que los niveles de delincuencia sigan elevados.

- Efectos expresivos: aquellos que suscitan emociones o sentimientos en las conciencias.
- Efectos integradores: aquellos que generan determinadas representaciones valorativas en las mentes.

Cabe hacer dicha distinción porque los efectos simbólicos tienen estrecha relación con los efectos expresivos y los efectos integradores o efectos expresivos integradores (como los llamaremos de ahora en adelante). Hay que plantearse la pregunta de si en realidad los efectos expresivos integradores tienen la capacidad de proteger bienes jurídicos. Dicha interrogante conlleva a presumir que la producción en los ciudadanos de determinados estados de ánimo o representaciones mentales a través de la pena no tiene consecuencias directas sobre su actuar, sin resultados en los comportamientos futuros o, a su vez, dichas repercusiones son bastantes limitadas o juegan un papel secundario. En otras palabras, ni

los efectos instrumentales ni los efectos simbólicos tienen la exclusiva en la prevención de comportamientos.

Los efectos simbólicos o expresivo-integradores se estructuran teniendo como núcleo de la prevención intimidatoria la aplicación legítima de la pena, con el objetivo de alcanzar el orden social, dado que, dicho simbolismo logra en cierta medida convencer a la persona de adecuar su conducta a lo que determina la norma, ya que en caso de cometer la infracción será sancionada con una pena.

Con respecto a dicha circunstancia, me parece oportuno hacer una crítica en relación al hecho de que no se estaría consiguiendo nada que pueda realmente significar un verdadero cambio sino única y exclusivamente quedaría en el fuero interno de cada persona al solamente enviar mensajes con contenidos éticos y valorativos pero nada más allá de eso porque depende del nivel de conciencia y de criterio que tenga cada persona desde su formación en la niñez y adolescencia hasta la subjetividad en el sentido de cómo se recepta el mensaje que se busca transmitir.

Por consiguiente, la efectividad del Derecho Penal se podría ver desautorizada si éste tuviera un objeto exclusivamente simbólico al no proteger de forma correcta ningún bien jurídico ya que necesitan complementarse con los efectos instrumentales a nivel macro. Es decir, no puede haber cabida para un delito que solamente responda a fines instrumentales y, del mismo modo, si únicamente operarían los efectos simbólicos se estaría generando en los individuos una representación mental pero no una protección real de los bienes jurídicos y una tutela efectiva de los derechos de la sociedad. Los procesamientos, los juicios y las penas tienen unas raíces extremadamente profundas como para aceptar únicamente su aspecto simbólico (Vintimilla, 2020).

Una vez comprendida la distinción que se produce entre los efectos simbólicos e instrumentales, se evidencia la urgencia de profundizar en la creación de una teoría y una técnica de legislación penal que establezcan con claridad los presupuestos materiales, y no sólo formales, de cualquier decisión legislativa penal.

1.2. Populismo Penal como instrumento del Derecho Penal Simbólico (Generalidades)

El Derecho Penal debe alejarse de la moral y de la religión para que en verdad cumpla su función de limitar el poder punitivo del Estado, tutelar bienes jurídicos, y no crear una mera afirmación simbólica de valores morales.

En el COIP encontramos conductas que no responden a un correcto análisis dogmático jurídico penal, pues no ponen en peligro o lesionan algún bien jurídico, sino que surgen por presión de grupos políticos de poder (medios de comunicación, iglesia) que buscan generar un falso sentido de seguridad en la sociedad, es decir, conductas que responden a un derecho penal simbólico. Los tipos penales de aborto consentido y aborto no consentido son una muestra del enfoque del derecho penal simbólico que encontramos en el COIP.

El autor argentino José Daniel Cesano considera que la característica del Derecho Penal Simbólico es:

[...] se trata de normas que no tienen una efectiva incidencia en la tutela real del bien jurídico al que dicen proteger (simplemente porque no se aplican) [...]. (CESANO, 2004, pág. 18)

De todos estos criterios citados se puede reafirmar nuevamente y siendo redundante en la postura a la cual me adhiero, que el Derecho Penal Simbólico únicamente responde

a fines políticos, es decir, utiliza un mecanismo tan eficaz que es el populismo penal para la consecución de sus fines.

1.2.1. Concepto y rasgos del populismo punitivo

Para entender a cabalidad a lo que nos referimos cuando hablamos de populismo punitivo, en primer lugar, es oportuno proceder a explicar lo que significa populismo que, en palabras del autor Rafael Velandia Montes significa que:

El populismo es cualquier movimiento de naturaleza política que, a través de una elocuencia determinada de una vigorosa coloración emotiva” se autoproclama como intercomunicador legítimo de un sector de la sociedad, representado por un líder o cabecilla, y que simboliza una perspectiva de cambio social (Montes, 2016, pág.19).

El populismo punitivo puede definirse como “...una forma de acción política basada en la toma de decisiones o generación de propuestas populares, es decir, de agrado de la población mediante la manipulación de emociones con el fin de obtener apoyos y beneficios electorales...” (Cobar, 2006).

Para el autor Aboy Carlos el populismo es “una forma específica de constitución y funcionamiento de las identidades políticas, así como de relación con el resto de las identidades que componen el espacio comunitario”.

El autor Díez Ripollés critica el hecho de que los conflictos sociales sean atendidos y resueltos sin intermediarios, sin la participación de expertos que examinen las repercusiones que toda pena conlleva. Así pues, ante la suposición de fuertes liderazgos populares, sobrecargados de autoridad, la estabilidad de todo sistema se ve amenazada

por un poder político discrecional, paternalista y vertical que, en nombre del pueblo soberano, forcejea los límites de lo legítimo y de lo legalmente posible.

Ante las emergencias sociales y conflictos mencionados, se evidencia una urgencia de actuar por parte de los encargados de administrar justicia y, en la situación actual por los altos índices de criminalidad, estos suelen aplicar la norma con la mayor brevedad posible, lo cual implica ausencia de un análisis, reflexión y estudio minucioso del caso en concreto, plagados de vacíos y contradicciones. Los políticos lo que hacen es aprovecharse de la situación de riesgo que puede estar atravesando el país para aumentar su popularidad por la necesidad que requiere el problema en cuestión (Oríe, 2012).

Según Llobet, el populismo punitivo parte de que la criminalidad debe resolverse conforme a criterios de sentido común, menoscabando los conocimientos de los distintos expertos que han efectuado investigaciones empíricas y jurídicas, trayendo como consecuencia que la ciudadanía considere a esos expertos como los culpables de la falta de seguridad ciudadana. Para el autor, las soluciones propuestas por el populismo punitivo son “simples”: tolerancia cero, mano dura, penas mayores, mayor prisión preventiva, relativizar o eliminar derechos procesales del imputado y con ello la presunción de inocencia.

No obstante, a criterio personal considero que todas estas cuestiones ya enumeradas son el equivalente a vivir en un Estado de Derechos y Justicia que únicamente se quedaría en la teoría pero que en la práctica se convierte en una utopía, permitiendo que se lleguen a quebrantar principios y garantías constitucionales que deben estar al servicio de todos los ciudadanos sin discriminación alguna y, más aún si hablamos de la presunción de inocencia que es un principio que encamina al cumplimiento del debido proceso y al reconocimiento de que todos somos inocentes hasta que se demuestre fehacientemente lo contrario.

A razón de todo lo antes dicho, el populismo punitivo se puede analizar desde distintas aristas; por un lado, el tema de que la discusión sobre la aceptación y aprobación de determinada ley no es un debate que se genera entre el parlamento sino más bien es algo que se disputa entre los políticos y el pueblo como tal, colocándolos en una posición de ser los indicados para resaltar que conductas y a quienes se debe atribuir el carácter de criminales, generando como resultado una política criminal direccionada a excluir por completo al enemigo de la sociedad, a reprimir todos los hechos que generen escándalo y que ponen en la cuerda floja al correcto funcionamiento al sistema de justicia.

Básicamente se critica la solución jurídica que otorgan los jueces, fiscales e investigadores, al estar constantemente en la mira de los medios de comunicación y siendo cuestionados por cada una de sus actividades diarias si es que no satisfacen la aplicación de instituciones de cero tolerancias y apaciguan la alarma social por los altos índices de delincuencia. Por esta razón, se ha visto mayor incidencia de leyes del derecho penal del enemigo que se sustenta en un discurso de exclusión y que, en palabras del autor Jorge Mostajo es:

“Un Derecho Penal que se esmera por un castigo severo y desmesurado contra los enemigos y procura asegurar cuanto antes su encierro. En función de ese objetivo disminuye las barreras del poder punitivo porque ante el peligro del enemigo se necesita actuar con más soltura y sin tanta traba en beneficio de todos”
(Mostajo, 2015).

Debemos tomar en cuenta que resulta totalmente impropio para un Estado de Derecho que, el Derecho Penal que debe ser de ultima ratio sea manejado por los políticos en la búsqueda de satisfacer sus propios intereses y que las leyes que se promulgan no respondan a un análisis jurídico efectuado a conciencia, porque los resultados son más

delitos, penas más rigurosas y la acumulación de procesos que no tienen una resolución pronta, evidenciando la falta de celeridad del sistema de justicia.

El Derecho Penal en el anhelo de responder todas las exigencias de la ciudadanía lo que ha hecho es recurrir al derecho penal simbólico, particularidad que en un primer momento pueden ser reconfortante pero que luego resulta ineficaz, en consecuencia, se crea una normativa en la que "...el acusado no tiene condición de persona y por ello su dignidad humana se ve comprometida seriamente" (Orúe, 2012).

En virtud de lo mencionado, al momento de determinar la relación que tiene el populismo punitivo y el derecho penal simbólico se concluye que estamos ante la inminente presencia de una política criminal del engaño, esto debido a la presión que ejercen los medios de comunicación, grupos de interés, partidos políticos, etc. Las normas penales existentes se han ido creando en base al populismo penal sin la debida indagación, evidenciando así, el derecho penal simbólico que procura dar una imagen de que se está haciendo algo para disminuir la delincuencia únicamente y siendo reiterativos, para calmar la alarma social existente, lo que en palabras del autor Rafael Velandia Montes se explica de la siguiente manera:

Explotar los temores de la población motivados por la inseguridad o aprovecharse del pánico a la criminalidad que se encuentran dentro de extensos sectores de la población es el medio principal y predilecto de quienes hacen populismo penal (Montes, 2016, pág. 5).

Efectivamente el criterio que nos brinda el autor Montes es bastante acertado, tomando en cuenta que, los políticos intentando ser autoridades ejemplares dan una solución al pueblo aprovechando una situación de temor, empero, la realidad es que solo buscan dar

una salida rápida para no perder el apoyo de la ciudadanía lo que conlleva como efecto el caer en un círculo de vicioso de promesas incumplidas, inseguridad constante que parecería actualmente nunca acabará. Por esa razón muchos tipos penales de distinta naturaleza carecen de eficiencia y aplicabilidad práctica dentro de la administración de justicia

Hoy en día es una realidad es la disminución de garantías en los procesos penales de quienes son juzgados, la transigencia de los criterios de imputación de responsabilidad penal y el endurecimiento de los regímenes penitenciario y carcelario (Velandia, 2015, pág. 16).

Lo que trae como consecuencia que no se pueda, bajo ninguna circunstancia, quitar la voluntad a las personas de cometer determinado delito. Uno de los antagonismos del populismo penal es poner a la víctima como la principal protagonista, por tanto, su sensibilidad se transmite a toda la ciudadanía logrando enviar un mensaje de emotividad llevando a la misma a ponerse en su lugar. De tal manera, una vez que ese mensaje de emotividad ha sido enviado de forma que cause gran conmoción en la ciudadanía, todos los operadores de justicia, investigadores y demás pueden aprovecharse de las circunstancias que se suscitan para endurecer las penas o aplicar normas penales de manera desmedida sin argumentos basados en una política criminal transparente.

Por lo que “ahora el populismo penal le cierra la puerta a la razón y aumenta las tasas de encarcelamiento cuando se conocen bien los nefastos efectos sociales y económicos de la prisión” (Pratt & Miao, 2017, pág. 36), quebrantando el desarrollo progresivo de los derechos y capacidades de la persona condenada.

En el análisis que conlleva este trabajo respecto de la aplicación de la prisión preventiva, debemos comprender en primer lugar que la prisión preventiva es un

mecanismo que permite poner un límite a la alta tasa delincencial en el país, no obstante, en algunos casos se ha dictado contra personas que no han cometido ningún delito, considerándose que esta medida cautelar ha sido emitida por una orden apresurada por un juez que no ha recibido la motivación correspondiente.

La relación que existe entre el populismo penal y el tema que se está analizando en este trabajo, se traduce en el hecho de que lamentablemente la prisión preventiva ha sido empleada desmedidamente incumpliendo con su rol de garantizar eficientemente la consagración del derecho a la libertad personal, por tanto, es evidente la falta de aplicación normativa con la que actúan los agentes judiciales y, esto es debido a la presión que tienen aquellos encargados de administrar justicia y todos los representantes de la ciudadanía por las altas olas de criminalidad. Ante la preocupación del pueblo y como una forma de velar por sus derechos e intereses, se tiende a pensar que la primera opción debe ser la privación de la libertad del agresor, cuando el Derecho Penal no persigue esa finalidad (Jhonathan Zenon, 2018).

1.2.2. El papel de los medios de comunicación

El papel de los medios de comunicación es sustancial en el estudio del tema de la expansión del Derecho Penal, debido a que, tienen gran incidencia cuando de información se trata. Según el autor Uribe Barrera considera respecto al:

Público en general, porque este público no suele tener conocimiento cercano con respecto al sistema penal, al funcionamiento y estructura del mismo, al cómo se aplican las leyes en un país y del porcentaje de delitos que se suscitan. Ante dicho desconocimiento, suelen tener una idea equivocada de la gravedad de los delitos, llegando a implantarse la idea de que son más graves de lo que en realidad son: del mismo modo, que las

penas son muy blandas y que requieren de mayor rigurosidad (Barrera, 2013, pág. 85).

En virtud de lo mencionado, la aplicación de medida cautelar de prisión preventiva es influenciada por los medios de comunicación llegando así a vulnerar los derechos del acusado por tomar mayor importancia a la exhibición mediática de las personas que son imputadas y pasando a un segundo plano el respeto a la presunción de inocencia y todo lo relacionado al debido proceso. La autora Rosa León manifiesta en palabras muy acertadas que:

“La opinión pública, la crítica social, la influencia de medios, puede llegar a presionar la decisión de los jueces, puesto que el imputado es visto como culpable sin que haya mediado un veredicto, la opinión pública en varios casos ya lo juzgó por lo que el juez se encuentra en un dilema, de aplicar una u otra instancia que a la final no va a convencer a todos los relacionados” (Pabón).

CAPÍTULO 2

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL SISTEMA DE MEDIDAS CAUTELARES

2.1 La Prisión preventiva

En el presente capítulo se hará alusión a lo que debemos entender cuando nos referimos a la prisión preventiva, por tanto, mencionaremos varias definiciones a través de las cuales se podrá obtener un concepto mucho más acertado de lo que es dicha figura. Adicionalmente podremos comprender a profundidad su historia y como ésta medida ha ido evolucionando a través del tiempo y como ha ido cambiando especialmente dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, hasta su forma de emplearla en la actualidad como un instrumento impulsado desde el nivel político y aplicada por los distintos administradores de justicia (Prieto, 2016).

2.1.1 Concepto de la prisión preventiva

Para poder conceptualizar a la prisión preventiva es de suma importancia recurrir no solo a los cuerpos normativos sino también a la doctrina como una forma de realizar un análisis profundo de la misma. Por tanto, podemos empezar destacando al autor Claus Roxin, quien manifiesta que la prisión preventiva es “la privación de libertad del imputado con el objetivo de asegurar el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena”.

Por otro lado, tenemos al jurista Miguel Fenech Navarro quien destaca la naturaleza procesal de esta medida afirmando que la prisión preventiva es un acto preventivo que tiene como resultado limitar la libertad a nivel personal en virtud de una decisión judicial que faculta que aquel que debe someterse a la acción de los tribunales de justicia sea internado con la finalidad de garantizar los objetivos del proceso y la ejecución de la pena.

El Dr. José García Falconí, penalista ecuatoriano, manifiesta que la prisión preventiva es “una medida de carácter cautelar personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito y el mantener la inmediación del imputado con el proceso, pero debiéndose tener en cuenta que son personas que gozan de la presunción de inocencia”.

Estos conceptos dejan claro lo que debemos entender cuándo de la prisión preventiva se trata y una vez que hemos mencionado a aquellos que se consideran los más relevantes para beneficio de este análisis, debemos destacar los aspectos más importantes que atañen a la medida cautelar de prisión preventiva, entre los cuales está el hecho de que es una medida de carácter personal, excepcional y provisional que atañe efectivamente a la persona que se encuentra involucrada en el proceso con el objetivo de garantizar su presencia en juicio, además de que debe ser considerada de última ratio con respecto a su aplicación y que no se debe dejar de lado todos los derechos constitucionales con los que cuenta el acusado a lo largo del proceso y entre uno de los más importantes que es la presunción de inocencia hasta que, en efecto, se demuestre lo contrario (Velazquez, 2015).

Todas estas particularidades que conciernen a la medida cautelar de prisión preventiva nos permiten concebir claramente qué es la prisión preventiva y cuáles son sus características a nivel general para poder ahondar en su desarrollo doctrinario y como se lleva a cabo su aplicación, sobre todo, en la época moderna que exige y requiere que se garantice la seguridad jurídica en base a lo establecido en nuestra norma madre, la Constitución (Nacional, Lexis Finder, 2008).

2.2.2 Evolución de la prisión preventiva en la teoría penal

Cuando hablamos de cómo la prisión preventiva ha ido evolucionando a lo largo del tiempo debemos tomar en cuenta que, originalmente el derecho romano fue el que tomó

la iniciativa para implementar esta figura como medida legal, si el delito no era lo suficientemente grave la custodia se confiaba a un particular (custodia libera).

En la época romana no se podía restringir la libertad debido a que las primeras leyes que ellos concibieron protegían la libertad de los ciudadanos y existía la posibilidad de que, aquellas personas que fueran molestadas en su libertad de transitar, puedan solicitar un pretor que los liberará a cambio de una caución determinada. Los jueces del Imperio Romano, ante la comisión de delitos graves establecieron ya no únicamente la custodia de una persona, sino que podrían privarle de su libertad, adoptando la medida in carcelum que se cumplía en cárceles públicas. En la era cristiana es cuando la imposición de la prisión preventiva deja de estar a discrecionalidad de los jueces y para poder adoptar la medida privativa de libertad en contra del acusado se establecía como requerimiento el contar con evidencias concretas de la infracción.

Ésta doctrina romana posteriormente tuvo incidencia en Europa. Es así como el derecho español dio apertura a que la prisión preventiva se pueda dictar solamente sobre aquellas personas que cometían delitos graves o para evitar que el presunto culpable pueda huir u ocultarse y, por tanto, alterar el proceso que debía llevarse a cabo. Sin embargo, no fue sino hasta los siglos XVIII y XIX que se generaron cambios realmente drásticos. Tras la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se establece que la privación de la libertad debe efectuarse conforme lo que determina la ley, a raíz del nacimiento del sistema acusatorio que empezó a regir a partir de la Revolución Francesa. Es importante tomar en cuenta que en cada legislación la prisión preventiva se aplica para distintas circunstancias.

La restricción que conlleva esta medida limita distintos tipos de actividades de recreación, además de atacar a uno de los derechos fundamentales más importantes que es el derecho a la intimidad, por tanto, la generalidad con la que la prisión preventiva es

acogida ha traído como consecuencia la limitación a la personalidad del justiciable. Además de lo mencionado cabe recalcar que la naturalidad con la que se pone a práctica la prisión preventiva puede traer como consecuencia que se la ejecute fuera de la normativa legal, produciendo un resultado más similar al de una pena anticipada que a una medida cautelar.

La política criminal entra a jugar un papel crucial en todo lo antes dicho debido a que tiene por objetivo disminuir los altos índices de delincuencia. Es por esta y todas las circunstancias antes mencionadas que se pone sobre la mesa el hecho de que se tenga que limitar a la libertad de las personas con el uso condicionado de la prisión preventiva en lugar de precautelar el cómo se está desarrollando el proceso penal, encaminando todas estas acciones a eludir cualquier actividad arbitraria o ilegítima.

Es indudable que la prisión preventiva es, de entre todas las que constituyen el sistema de medidas cautelares, la más drástica y debería ser aplicada a toda persona que ha sido acusada de cometer un delito, pero de manera discrecional, en base a lo prescrito en la ley y sin prescindir de todos aquellos principios que conforman el debido proceso (legalidad, proporcionalidad, inocencia, entre otros) con el objetivo de asegurar y defender los derechos y libertades de toda persona, es decir, todo lo que resulta indispensable para mantener la sociedad en relación a lo que se predica en el Ecuador que es el tener un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Por tanto, la medida de prisión preventiva se establece para garantizar los derechos a la verdad, justicia y reparación, la cual tiene por objeto la privación y limitación de derechos de los procesados. No obstante, debemos tomar a consideración que lamentablemente la prisión preventiva ha sido enfocada más bien en la degradación del justiciable antes que con fines de investigación, lo que ha traído como resultado la cosificación del detenido y el sometimiento de su integridad y dignidad natural (Flores).

Por consiguiente, surge la necesidad de garantizar la defensa de la persona humana, sus derechos y dignidad, siendo el motivo principal por el cual se buscó instaurar principios y conceptos doctrinarios e irlos adaptando en las constituciones y legislaciones de los Estados y, de ese modo, impedir que se vulneren los derechos de los ciudadanos y garantizar el cumplimiento eficaz del proceso penal (Cevallos, 2021).

Así es como surge, por ejemplo, la presunción de inocencia frente a la indebida aplicación de la prisión preventiva como un mecanismo de defensa a los derechos del acusado, frenando y derrocando cualquier arbitrariedad y a la aplicación de penas basadas únicamente en presunciones de culpabilidad.

Se pensaba que ese sería el primer paso para que, una vez que se haya demostrado y comprobado la culpabilidad del justiciable penalmente hablando, mediante un juicio público, con la presentación de elementos de prueba suficientes para dejar en evidencia la responsabilidad del acusado. No obstante, la medida privativa de libertad se continuaba aplicando como una suerte de pena anticipada antes que como una medida extraordinaria y excepcional, por esa razón se tenía como finalidad el transformar esa idea de pena anticipada a una garantía jurídica como resultado de un juicio y sus respectivos efectos.

Esto solo se lograría exigiendo al juez que valore y tenga constancia de elementos relativos a la existencia del delito y, por lo tanto, la participación del encausado para proceder a aplicar la prisión preventiva, de tal forma que, no sea la crisis delincencial o los altos índices de criminalidad, los verdaderos fundamentos para su imposición.

En el Ecuador en el año de 1983, entra en vigencia el Código de Procedimiento Penal, en virtud de la Constitución de aquella época, por medio de la cual regresó el régimen democrático. En dicho Código se reguló a la prisión preventiva y se determinó que la

competencia para poder dictarla estaba en manos de juez, siempre y cuando se reunieran los siguientes requisitos:

1.- Vestigios que llevaran a la presunción de la presencia de un delito al que se le pueda atribuir pena privativa de libertad y;

2.- Vestigios que presuman que el imputado es autor o cómplice del delito en cuestión.

Además de los dos requisitos que se consideraban indispensables para la aplicación de la prisión preventiva era necesario que, previo a dictar el auto de apertura de plenario que daba apertura a la etapa de juicio, el sindicado no debía estar prófugo, caso contrario, el plenario tenía que suspenderse hasta contar con la presencia del acusado.

Efectivamente, cuando entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP en adelante), se desterró al sistema inquisitivo que rigió en la normativa penal por varios años de la historia, pasando así al sistema acusatorio oral que actualmente rige en el Ecuador.

Es así que al hacer un análisis de la profunda afectación que se estaba efectuando a los derechos humanos debido al hecho de que existían más personas en prisión preventiva que condenadas en las cárceles, se produce la necesidad de instaurar un sistema de medidas cautelares direccionado a garantizar el proceso penal desde el inicio hasta que se dicte una sentencia, empero evidentemente con el riesgo de que si no había eficacia no se considere un mecanismo muy ortodoxo para resolver los conflictos que se suscitaban y ante dicha circunstancia, lo más adecuado era optar por otro sistema más eficiente. De modo que, tanto la prisión preventiva como cualquier otra medida, debían tener el carácter de excepcional y proporcional, y así prevenir que la medida que se aplique sea un castigo anticipado (Hurtado, 2021).

El juez debía analizar minuciosamente todos aquellos indicios que llevasen a determinar que una persona era la culpable de un delito, justificando de algún modo la existencia de situaciones que puedan atentar a la marcha del proceso penal y que puedan acreditar la aplicación de la prisión preventiva. Entre algunas de las circunstancias que podían poner en riesgo al proceso penal se encuentra el peligro de fuga y el desenvolvimiento adecuado de la investigación, peligro para la víctima, para la sociedad y la alarma social.

Si bien la medida de prisión preventiva sufrió muchos cambios en cuanto a su aplicación, teniendo un sin número de limitaciones y, en muchos casos, promoviendo un uso endurecido y generalizado de la misma. A pesar de ello, en el presente trabajo no se plantea la idea de eliminar la medida cautelar de prisión preventiva ni minimizar la necesidad de que sea aplicada cuándo sea indispensable hacerlo, lo que se persigue es visibilizar el derecho que afecta que es, lamentablemente, el derecho a la libertad personal.

Actualmente, la medida de prisión preventiva subsiste y es aplicada de forma menos radical que en siglos pasados como ya lo hemos manifestado, empero, no por ello menos lesiva a los intereses del desenvolvimiento social de la población de forma individual o colectiva, solamente se debe alcanzar su utilización cuándo sea estrictamente necesario. Los procedimientos y requisitos indispensables para la aplicación de la prisión preventiva se analizarán a continuación.

2.2.3 Procedimientos y requisitos formales

Para proceder a la explicación del procedimiento y los requisitos formales que competen a la aplicación de la prisión preventiva, debemos partir del hecho de que el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, consagra todos los principios relativos al debido proceso conjuntamente con aquellas garantías básicas con las que debe

contar todo ciudadano como lo es: el principio de legalidad, de tipicidad, el derecho a ser juzgado de acuerdo a lo que se encuentra preestablecido en la ley, el principio de proporcionalidad entre la pena y la infracción penal, así como las medidas alternativas a la privación de la libertad, en cuanto una persona es detenida su derecho a conocer las razones de dicha detención de forma inmediata, la no violación del derecho a la defensa con la respectiva asistencia legal. que sea el juez el único competente para ordenar cualquier medida cautelar y aún más tratándose de la privación de libertad, el principio de presunción de inocencia como una verdad interina, la caducidad de la prisión preventiva que es sumamente crucial en nuestro análisis para evitar la transgresión de derechos a las personas que se encuentran sometidas a la medida privativa de libertad, la motivación de las medidas, el derecho de contradicción, la necesidad de contar con la presencia de testigos y peritos, el derecho de toda la población de poder recurrir a los órganos jurisdiccionales para lograr una tutela efectiva e imparcial de los derechos e intereses de toda la ciudadanía.

En efecto, bajo el art. 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, una persona detenida de acuerdo con la ley tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso. Por lo tanto, la detención preventiva debe ser persistente con la Convención y su duración no debe ser irrazonable, pues de darse este supuesto se estaría invirtiendo la presunción de inocencia (Velázquez, 2008).

Antiguamente y en base al sistema inquisitivo el juez era todo dentro de un proceso penal, pero en el vigente Código Orgánico Integral Penal (COIP) se presenta una desconcentración de funciones y se atribuye la acusación al fiscal cuya misión se basa en investigar, probar y acusar y, por otro lado, tenemos al justiciable quien tiene la obligación

de probar su inocencia, esto debido al sistema acusatorio oral que hoy en día se encuentra rigiendo en nuestro actual Estado Ecuatoriano.

El COIP establece la etapa de instrucción fiscal específicamente en su artículo 592. Está etapa debe finalizar en un plazo de 90 días que no puede ser prorrogado solamente en el caso de existir nuevos elementos que se añadan a la instrucción fiscal se puede adicionar un plazo de 30 días (Nacional, Lexis Finder, 2014). Cualquier acto procesal que se realice después del plazo establecido para la etapa de instrucción fiscal carece de eficacia alguna.

La privación de libertad se considera una seguridad tanto para el Estado como para la sociedad, según el tratadista Dr. Jorge Zavala. Por un lado, tenemos que generar seguridad al Estado debido a que evita que el autor del delito pueda alterar el orden social y, por otro lado, tenemos a la seguridad que se ofrece para la sociedad por su derecho a vivir en un ambiente seguro. Sin embargo, no debemos olvidar que en la época actual se presentan muchas contradicciones a lo antes dicho.

La prisión preventiva puede ser ordenada por la jueza o juez de garantías penales, siempre que medien los siguientes requisitos:

1. Vestigios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito. Es decir que deben concurrir dos elementos fundamentales que son: la existencia del hecho que configura el delito y la persona responsable para establecer el nexo causal.

No obstante, la segunda causal en cuanto a su redacción trae consigo algunos cuestionamientos como el hecho de que, es importante tener claro que los elementos de convicción son aquellos que coadyuvan al juez para poder determinar que una persona fue quien cometió un delito, pero aquí se habla de elementos de convicción para establecer

si el procesado es autor o cómplice, lo cual se podría interpretar como un prejuzgamiento. Lo adecuado sería hablar de indicios como lo hacía el antiguo Código de Procedimiento Penal (Asamblea Nacional, 2013).

3. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio. Por tanto, deben agotarse todas las posibilidades para proceder a aplicar la pena privativa de libertad que es la más grave de todas las medidas.

4. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año y es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio y;

De igual manera la solicitud debe estar motivada, caso contrario, el juez la rechazará de forma inmediata. Si no se ordena la prisión preventiva, pero existe riesgo de que el encausado pueda ejercer un daño físico o psicológico a otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de protección que considere oportunas.

El procedimiento adecuado para dictar la medida de prisión preventiva se efectuará mediante audiencia pública, oral, en base a los principios de contradicción, inmediación y demás establecidos en los cuerpos normativos vigentes.

La duración de la prisión preventiva no podría exceder de 6 meses en delitos sancionados con pena privativa de libertad de hasta cinco años y no podrá exceder de un año en los delitos sancionados con pena privativa de libertad mayor a cinco años, contados desde la fecha en que se hizo efectivo el auto de prisión preventiva.

La medida pueda suspenderse en base al artículo 536 del COIP, en los siguientes casos:

- Cuando exista auto de sobreseimiento del acusado.

- Cuando la medida de prisión preventiva haya sido sustituida por otra de las medidas alternativas establecidas en el art. 592 del COIP.
- Si su duración es excesiva sobrepasando los plazos determinados en el art. 541 del COIP.
- Cuando la persona procesada rinda caución (dinero, fianza, prenda, hipoteca, etc.) No obstante, la caución no podrá ser rendida cuando; existan delitos sancionados con pena privativa de libertad superior a cinco años; si el acusado hubiese sido ya condenado previamente por otro delito de acción pública; si el imputado hubiese ocasionado la ejecución de la caución y, si se trata de delitos de violencia.
- Si el procesado incumple con la medida sustitutiva, el juez podrá revocar y ordenar nuevamente la prisión preventiva.

Es así como se ha puesto de manifiesto cuál es el procedimiento más adecuado para que la aplicación de la prisión preventiva e incluso de todas las medidas alternativas a la misma, no sea arbitraria, se encuentre limitada por la ley y su extensión no pueda vulnerar derechos que competen a todas y cada una de las personas. Por esta razón es sumamente relevante mirar todas las realidades que ha vivido el Ecuador a lo largo del tiempo y, de este modo, poder generar conciencia en la ciudadanía, pero, ante todo, en aquellos encargados de administrar justicia, y como el abuso de la medida que estamos analizando puede traer como resultado efectos negativos en la sociedad, situación que se procederá a analizar a continuación.

2.2.4 El abuso de la prisión preventiva en el Ecuador

Para comprender a cabalidad el abuso que se ha producido en el Ecuador acerca de la aplicación de la medida de prisión preventiva, considero oportuno realizar una línea de tiempo e ir ejemplificando dichas circunstancias con la finalidad de entender bien el objeto de la presente investigación.

El Ecuador ha atravesado distintas épocas en las que los índices de criminalidad y delincuencia han llegado a su más alto nivel, es así como en la época de los 80 al encontrarse vigente el sistema inquisitivo, la aplicación de la prisión preventiva llegaba a ser, hasta cierto punto, arbitraria, porque estaba fundamentada en la discrecionalidad.

Entre 1978 y 1992 el promedio de personas privadas de la libertad sin condena en varios países de América Latina era mayor al de condenados.

En noviembre de 1994 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realizó una visita in loco a Ecuador, por medio de la cual se elaboró un informe en noviembre de 1996 que determinó los siguientes puntos de vital importancia:

- “El problema más grave que la Comisión ha identificado con respecto al derecho a la libertad, es la aplicación arbitraria e ilegal de la detención preventiva”.
- Que, de 9.280 individuos que se encontraban detenidos, el 70% se encontraban sin sentencia o a la espera de un juicio, es decir, de cada cien individuos detenidos, al menos 70 eran inocentes, jurídicamente hablando.

Este estudio, efectivamente demostró el evidente abuso en la aplicación de la detención preventiva y la utilización irracional de esta medida cautelar sin ningún tipo de fundamento legal y legítimo.

En 1998 desde el ámbito constitucional, empieza a consagrarse disposiciones referentes a la medida cautelar de prisión preventiva, generando varias regulaciones a la misma, como un plazo en el que ciertamente podía tener validez. Es así como se llega a determinar, en base al numeral del artículo 24 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que; la prisión preventiva no podía exceder de seis meses en delitos sancionados con pena privativa de libertad y, a su vez, no podía exceder de un año en delitos sancionados con reclusión. Por tanto, la duración de la prisión preventiva no debía ser irrazonable, caso contrario, se estaría afectando la presunción de inocencia.

En el informe se hizo referencia al hecho de que, “cuando un detenido no ha sido juzgado dentro de un término razonable, se violenta el derecho a la libertad”.

En el año 2000 entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal, desplazando a la norma procesal que regía desde 1983 y hasta ese entonces, misma que le atribuía el carácter de pena anticipada a la prisión preventiva. En el mismo año se adoptó una nueva Constitución, trayendo como consecuencia que se produjeran varios cambios en la legislación; en materia penal entró en vigencia en el año 2001 un nuevo Código de Procedimiento Penal que derogó al anterior. Este nuevo Código incorporó cambios sustanciales con respecto al procedimiento y la participación del Ministerio Público en cuanto a la aplicación de medidas cautelares en el sistema de justicia penal.

Empero, pese a que la prisión preventiva había sido regulada a nivel constitucional y legal, en el año 2001 existía aún un 79,42% de personas con prisión preventiva. Lo que denotó que la prisión preventiva constituía la regla general, dejando de lado a la libertad provisional.

El autor Jorge Flores recopiló información de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, que ha servido de gran aportación para la presente investigación, generando una

mayor comprensión del tema en cuestión. Por tanto, procederé a resaltar los siguientes datos:

- Entre 199 y 2008, el porcentaje de personas privadas de la libertad sin sentencia alguna fue de 68,4%. Y, entre el 2001 y 2008, se llegó al 63,6%. En definitiva, esto visibiliza que, durante esos períodos, 2 de cada 3 personas detenidas eran privadas de la libertad sin sentencia o eran presos preventivos (Flores J. R.).

Con las regulaciones que se introdujeron al nuevo sistema procesal, *inter alia*, parecía que las circunstancias tan deplorables y lamentables que vivía el Ecuador mejorarían, como por ejemplo, con la determinación de plazos; quince días para llevar a cabo la audiencia en la que el fiscal sustentaba su dictamen y para que las partes puedan presentar, de igual manera, los argumentos para defender sus posiciones; la duración de 90 días de instrucción fiscal e incluso la sustitución del sistema predominantemente escrito por el sistema predominantemente oral parecían marcar el punto de partida y vislumbrar un nuevo comienzo para nuestro sistema procesal, no obstante, los datos reflejaron todo lo contrario. Es decir, una vulneración total a los derechos de todos aquellos individuos que eran detenidos y la permanencia de una situación totalmente injusta para todas aquellas personas que permanecían bajo el arbitrario cobijo de los Centros Penitenciarios.

- Los detenidos a nivel nacional pasaron de 8.029 a 17.016 entre el año 2000 y 2008.

Estos datos dejaban una clara evidencia de que el sistema acusatorio que estaba vigente en el país era insuficiente frente a al objetivo cautelar que se buscaba alcanzar.

Como resultado del grave incremento delincencial en el Ecuador, se procedió a efectuar una reforma al Código de Procedimiento Penal para integrar en el sistema de medidas cautelares, el 13 de enero de 2003, lo que se denominó como “detención en

firme”. Dicha figura fue implementada en el Ecuador con el objetivo de robustecer un modelo penal enfocado en limitar los derechos de los individuos que eran detenidos, endurecer las penas y, sobre todo, consagrar a la privación de la libertad como el único mecanismo realmente efectivo y eficaz para contrarrestar la criminalidad (Flores X. , 2007).

La medida cautelar de detención en firme, estaba orientada a extender la vigencia de la medida cautelar de prisión preventiva aun cuando esta hubiese caducado. En otras palabras, tenía la finalidad de dejar sin efecto la caducidad de la prisión preventiva, hallando fuerza de legitimidad en virtud de las precipitadas acciones tomadas por los medios de comunicación que influenciaron en los sectores más conservadores al crear una imagen de los individuos que eran detenidos, como unos delincuentes que buscaban favorecerse de la caducidad de la prisión preventiva. Esta institución procesal de obligatorio cumplimiento se mantuvo vigente hasta el 2006, cuando el Tribunal Constitucional declaró su inconstitucionalidad. El fundamento de su inconstitucionalidad tiene relación con el hecho de que, en el momento en que se dictaba el auto de llamamiento a juicio, se debía obligatoriamente ordenar la detención en firme del imputado, no obstante, esto podía generar un encierro de los individuos que exceda el plazo razonable entre el auto de acusación hasta el juicio. No obstante, la declaratoria de inconstitucionalidad no preveía la jurisdicción retroactiva, y los jueces se valieron de aquello para mantener privados de la libertad a aquellos individuos que habían sido procesados con anterioridad a la inconstitucionalidad de la detención en firme.

En agosto del año 2014 entra a regir el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el cual se procede a regular a la prisión preventiva dentro del capítulo segundo llamado “Medidas Cautelares” para asegurar la presencia de la persona procesada pero además, garantizar el cumplimiento de la pena, atribuyendo la potestad de que la medida cautelar

de prisión preventiva sea solicitada por la Fiscalía General del Estado, siempre que se reúnan los requisitos formales a los cuales hemos hecho alusión en el apartado anterior pero de los cuales haremos hincapié con el objetivo de no generar confusiones. Por consiguiente, tenemos entre estos requisitos, según lo determina el artículo 534 del COIP que son: los elementos de convicción suficientes de que existe fehacientemente un delito de acción pública, y de que el procesado es autor o cómplice del delito; indicios que demuestren que las otras medidas son insuficientes: y, que se trate de una infracción que no supere la pena privativa de libertad de un año.

No obstante, en los años 2013 y 2014 el promedio de personas con prisión preventiva en el Ecuador fue de 19.415, hasta agosto del 2015 fue de 12.909.

Entre los años 2021 y 2015 se produjeron 104.51 detenciones de las cuales en 60.774 se dictó la prisión preventiva del acusado.

En efecto, se puede constatar la poca efectividad de las normas procesales y su “nueva e innovadora regulación”. A contrario sensu, la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva fue aumentando y se utilizó de forma indiscriminada, violentando su carácter extraordinario y excepcional.

Esta lamentable situación se mantiene hasta la actualidad, la prisión preventiva es una de las medidas que principalmente se aplica en la mayoría de los casos y delitos (robo, armas, delito de drogas, hurto), como una herramienta para satisfacer las necesidades de seguridad de los ciudadanos y apaciguar la alarma social y los altos índices de criminalidad, sin tomar en cuenta o, tomando en cuenta en un mínimo porcentaje a las medidas sustitutivas a la misma.

CAPÍTULO III

INFLUENCIA Y EFECTO DEL SIMBOLISMO PENAL EN LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

3.1 El simbolismo penal como factor de disminución de garantías en la aplicación de la prisión preventiva

En los apartados anteriores se hizo alusión a lo que debemos entender por Derecho Penal Simbólico o como lo tratamos en este capítulo, Simbolismo Penal, que hace referencia, como lo habíamos mencionado, al efecto psicológico que la prohibición genera en la mente de los políticos, del legislador y de los lectores y que nada tiene que ver con la pretendida defensa de los bienes jurídicos según el autor Pablos de Molina García.

En vista de ese concepto, se puede vislumbrar como los efectos simbólicos repercuten a nivel macro en las garantías que deben ser aseguradas para cualquier persona que está siendo juzgada y, aún más, cuando se trata de imponer una medida cautelar tan vigorosa como lo es la prisión preventiva. Por tanto, es oportuno señalar varias garantías que son violentadas por la aplicación de la prisión preventiva y la gran influencia que ha tenido el Derecho Penal Simbólico en nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, mencionamos, en primer lugar, a la que en mi opinión viene a ser la más importante en virtud del papel que juega cuando de juzgar a una persona se trata de que es, efectivamente, la presunción de inocencia.

La presunción de inocencia trae consigo grandes cuestionamientos con respecto a la legitimidad del derecho penal y, en específico, la legitimidad de la prisión preventiva. En otras palabras, es el contra peso de la referida medida cautelar por la inminente contradicción entre lo que significa restringir la libertad que es un derecho que está

consagrado en la Constitución del Ecuador y que además es fundamental para el debido proceso, es decir, si se limita puede ser un obstáculo para el ejercicio de otros derechos, y la necesidad de garantizar la protección de la persona procesada en virtud de un proceso penal efectivo y eficaz (Zapatier, 2020).

El autor Vítale Gustavo expresa la controversia existente con respecto al tema en cuestión, y establece que:

“Todo encarcelamiento tiene, ópticamente, naturaleza punitiva (en todos los casos) un trato culpable”, que no va conforme con la presunción de inocencia. (Vítale, 2005).

Esta descripción que nos brinda el autor es sumamente acertada, tomando en cuenta que, cualquier proceso que se realiza, dentro del cual se ejecutan distintas acciones, inclusive hasta antes de declarar la culpabilidad del imputado, tienen un efecto punitivo. Ciertamente, en el Ecuador, se pasó de un modelo inquisitivo a un modelo acusatorio, es decir un modelo moderno y garantista, en el que se llega a manifestar que la aplicación de la prisión preventiva debe ser excepcional, conforme a los requisitos determinados en la ley, los cuales deben ser comprobados por el Fiscal ante el Juez, puesto que, se está alterando uno de los derechos fundamentales del ser humano que es la libertad.

Es así como ésta figura va encaminada, lamentablemente, a trastocar derechos reconocidos en la ley, como lo son; la presunción de inocencia, la libertad y el debido proceso.

Ahora bien, la libertad tiene distintas acepciones; es vista como un concepto clave del Derecho Penal, como bien jurídico protegido, un fundamento para imputar la responsabilidad, fuente de la pena, etcétera. Por eso es importante tener a consideración las distintas nociones que se presentan con respecto a cada uno de los bienes jurídicos que, en un primer momento, se buscan proteger y tutelar pero que, por la aplicación

indiscriminada de varias instituciones, en este caso, de la prisión preventiva, esos bienes jurídicos se ven puestos en riesgo.

Como bien sabemos, la prisión preventiva limita la libertad de la persona imputada, situación que va de la mano con la restricción de otros derechos como lo es el debido proceso que se encuentra consagrado en la Constitución del Ecuador, en el artículo 76, mismo que determina que “en todo proceso se asegurará el derecho al debido proceso, acompañado de las garantías básicas...” (Asamblea Nacional, 2021).

El uso abusivo de la prisión preventiva, como ya se evidenció en capítulos anteriores, ha generado que las medidas alternativas a la prisión preventiva no sean tomadas en cuenta, no obstante, dicha circunstancia conlleva otra explicación de nuestro deficiente sistema de justicia (Zalamea, 2018).

Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva se encuentran sustentadas en el artículo 522 del COIP, mismo que manda que dichas medidas deben ser aplicadas de manera prioritaria. Empero, estas medidas traen consigo grandes polémicas, partiendo del hecho de que, varios tratadistas y estudiosos del Derecho y de las Ciencias Jurídicas han señalado que muchas de estas medidas resultan cuestionables al momento de ejecutarlas, por distintas razones; fallas en su control, su duración, además de que se ha hecho énfasis en reiteradas ocasiones de que es una figura que va en contra de los derechos fundamentales ya mencionados anteriormente.

Si bien la aplicación de la medida de prisión preventiva está dirigida a garantizar la presencia del acusado en el proceso penal, evitar que la evidencia pueda ser alterada o manipulada de alguna manera y el peligro de fuga por parte del presunto culpable. Cabe recalcar que más bien estas finalidades que, en un primer momento se presentan como objetivas, en la práctica jurídica reflejan tener criterios subjetivos. En otras palabras, estos criterios atienden a conceptos de peligrosidad que ya se encuentran en desuso, y que son

aceptados por los operadores de justicia porque caen en el supuesto de mantener al presunto infractor, en consecuencia, se tiene como resultado una sociedad donde la bien común prima sobre los derechos de un determinado individuo y la situación de inseguridad se incrementa con el pasar de los días.

Aun cuando el Ecuador se proclama como un Estado de derechos y justicia planteando esta idea de modelo perfecto enfocado en reunir un conjunto de principios y derechos fundamentales que proponen un orden a la política criminal, únicamente queda en letra muerta. Lo que se produce es más bien el aislamiento del criminal con el objetivo de que no pueda continuar cometiendo conductas criminales, menoscabando sus derechos al momento de imponerse penas privativas de libertad sin realizar un análisis jurídico y competente de la peligrosidad del delincuente como tal, lesionando principios constitucionales como el de proporcionalidad y, alterando un derecho basado, teóricamente, en la mínima intervención penal.

En ese contexto, la presunción de inocencia, el derecho a la libertad, la dignidad humana y la seguridad ciudadana entran en una inmensa contradicción entre el uso de la prisión preventiva, un Estado con enfoque garantista y, además, una constante lucha por erradicar la utilización indiscriminada de la medida cautelar de prisión preventiva.

Bajo estas circunstancias, se considera irrefutable la estructuración del sistema penal acusatorio para proteger a las personas del uso arbitrario y autoritario del ius puniendi. Si el poder punitivo del Estado no se regula, conlleva graves consecuencias como la violación de derechos humanos. En efecto, y adicional a lo mencionado, tenemos la intervención del simbolismo penal que, como sabemos, solo genera una falsa idea de seguridad mediante normas que no son empleadas de manera eficaz y eficiente y normas que responden a un Derecho Penal Simbólico, que únicamente producen en la mente del

individuo esta idea de falsa protección pero que en realidad acarrea una constante y latente vulneración de derechos.

Con el objetivo de poder dilucidar dicha cuestión, procederé a mencionar algunos ejemplos con la intención de hacer el análisis un poco más ilustrativo y poder indicar la relación que existe con los tipos penales con contenido simbólico; el tipo penal de aborto consentido y el tipo penal de aborto no consentido son dos ejemplos de un Derecho Penal Simbólico existente en nuestra legislación.

Partamos del tipo penal de aborto consentido que está tipificado en el artículo 149 del COIP, mismo que no llega a reconocer en ningún momento el derecho a las mujeres para poder decidir, trastocando, de esa manera, otros derechos como la libertad, la dignidad y demás, por ejemplo, es una situación que puede suscitarse es en el caso de que el ser madre no esté dentro del proyecto de vida de una mujer, que no se encuentra preparada para cumplir con ese rol impuesto por la sociedad y por la presión de varios grupos religiosos y políticos, si bien la norma debe ser respetada, lamentablemente esta disposición normativa es meramente simbólica porque lo que busca es implantar una obligación a la mujer de llevar una gestación.

El hecho de que en la actualidad aún se mantengan imperantes este tipo de normas con contenido simbólico, conlleva una constante vulneración a bienes jurídicos y puede traer como consecuencia la presencia de arbitrariedades a terceras personas, verbigracia, en el supuesto de que una mujer decida abortar, esto podría afectar a aquellos que están presentes para apoyar esa decisión, en este caso, estamos refiriéndonos a amigos, familiares que, evidentemente, nada tienen que ver con el caso en cuestión, como se notará en el siguiente ejemplo.

En el presente ejemplo se examinará lo referente al tipo penal de aborto no consentido. De tal forma, en un primer momento se hará la enunciación de algunos antecedentes de vital importancia ligados a este caso, objeto del presente análisis.

Antecedentes:

1. En la ciudad de Quito, una Doctora alerta al ECU 911, de un posible aborto.
2. La Doctora informa a los agentes de policía que se encontraron pastillas (misoprostol) disipándose en la cavidad vaginal de una paciente, a quien llamaremos Elsa.
3. La paciente Elsa, después de que los agentes de policía le informaran que podía ser detenida, menciona que ella no fue la culpable y que no tuvo nada que ver con dicha circunstancia, haciendo alusión a que el causante había sido su expareja.
4. Elsa manifiesta que, ella y su pareja (Juan), se reunieron en el cuarto de un hostel a las 15:00 pm, supone que fue él quien introdujo esas pastillas en su vagina, al momento de realizarse sexo oral y que, debido al alto grado de excitación, no las sintió.
5. La paciente afirma que días antes había conversado con él y le había comentado que estaba embarazada y, ante ese hecho, él novio demostró su inconformidad al mencionar que no estaba listo para tener otro hijo, por tanto, es ahí cuándo se encuentran y van al cuarto, lugar donde se suscitan los hechos ya expuestos.
6. La paciente alega que se empezó a sentir muy mal justo después de que Juan concluyera con su respectivo acto.
7. Juan le pide que por favor le deje en el terminal para regresar a su ciudad natal y al momento en el que Elsa vuelve a su casa, nota manchas de sangre en su ropa interior y empieza a sentir dolores fuertes en el vientre.

8. A las 22:15 pm, sus familiares la llevaron al hospital y fue en ese momento cuándo se percataron de la presencia de misoprostol en su cavidad vaginal.
9. Después de escuchar la declaración de Elsa, se le realizaron todas las pruebas médicas y psicológicas para poder corroborar su testimonio, mismas que fehacientemente demostraron que, supuestamente, estaba en lo correcto y que no tenía conocimiento de esos cuerpos extraños que habían sido introducidos por su pareja.
10. Los diagnósticos indicaron que Elsa sufría ansiedad, depresión y existencia de estrés postraumático.
11. Juan procedió a rendir su testimonio, mismo que no convenció a la Fiscalía y, por tanto, se formularon cargos en su contra.
12. Después de hacer un repaso de todos los hechos suscitados por Elsa, se llegó a la conclusión de que Luis era inocente. En virtud de los testimonios realizados a familiares de Elsa, quienes confirmaron que Elsa, al momento de llegar a su domicilio se encontraba en buen estado e incluso había llevado su auto a lavar, situación que desmintió lo que Elsa había testificado en un primer momento.
13. Elsa afirma haber llegado a las 16:00 pm a su domicilio; hecho que es confirmado por su sobrina; afirma haber estado con un dolor extremadamente infausto en su vientre lo que le impediría realizar cualquier tipo de actividad, no obstante, su sobrina ratifica que Elsa fue a lavar y arreglar su auto; sus familiares la llevaron al hospital a las 22:15 pm, hora en la que los médicos encuentran las pastillas aún en proceso de disolución, cuándo las pastillas tardan un aproximado de una a dos horas y para obtener una absorción total se requiere de cuatro horas cuando menos. Es decir, si es que las pastillas hubiesen sido introducidas por Juan alrededor de las 15:00 pm, que fue la hora en la que se reunieron en el hostal, las pastillas se

hubiesen disuelto por completo más o menos hasta las 19:00 pm, no obstante, la hora en que fue llevada Elsa al hospital y las pastillas aún estaban en proceso de disolverse, fue a las 22:15, según las versiones rendidas tanto por la presunta víctima como por sus familiares.

14. Con ese análisis efectuado por parte del abogado de Juan, se llegó a desvirtuar cualquier tipo de sospecha generada sobre las actuaciones de Juan y se declaró su inocencia mediante sentencia.

En definitiva, Elsa al estar en riesgo de ser encarcelada culpo a Juan, un tercero que evidentemente era inocente pero que, en su momento, podía tranquilamente pasar como el culpable de dicha atrocidad, empero, esto no habría sucedido si es que no se mantuvieran en nuestra legislación tipos penales con contenido simbólico como lo es, el tipo penal de aborto consentido.

Se concluye que no se puede tomar ninguna acción legal en contra de Elsa porque no se encontró el feto en el vientre sino únicamente el saco gestacional y las pastillas abortivas, tomando en cuenta que, un elemento relevante para que se pueda configurar el tipo penal de aborto consentido es comprobar que la mujer estaba embarazada, lo cual no se logró en el caso en concreto.

Sin embargo y a mi parecer, esto conlleva muchas críticas y un análisis que considero debería llegar a gran escala si partimos de la interrogante de que, ¿si Elsa no estaba embarazada (supuestamente), con qué objetivo se introduciría las pastillas abortivas?

Los dos casos controversialmente traídos a colisión, denotan que la existencia de tipos penales simbólicos, pueden traer como resultado grandes arbitrariedades. En el caso en particular, se está cuestionando a una mujer por la razón de que ser madre no se encuentra en su proyecto de vida e incluso se le podría iniciar un proceso por fraude procesal al querer ocultar la decisión que tomó inculcando a otra persona por su accionar, es decir,

también hay terceras personas involucradas y, al no tener certeza de cómo se originaron los hechos, se podría inculpar a una persona que nada tuvo que ver con dicha circunstancia.

La prisión preventiva y su desmedida aplicación es uno de los temas más emblemáticos que se observan en nuestra legislación, desacreditando a las medidas alternativas a las mismas y creando una idea de falsa seguridad en la sociedad, es decir, es una contravía a todos los principios y garantías reconocidos en la Constitución y, además, se deja al aire el cómo estas medidas prioritarias a la medida cautelar de prisión preventiva, deben ser ejecutadas. Si bien tipos penales como el aborto consentido y no consentido tienen una connotación mucho más clara de un Derecho Penal Simbólico, no se puede minimizar la presencia del mismo en la figura, objeto de nuestro estudio, que al ser creada por los legisladores y empleada por los operadores de justicia de forma ilegítima, sin poner a consideración todos los precedentes que deben reunirse para que se pueda aplicar esta medida cautelar.

En suma, únicamente se genera una sensación de seguridad pública y una gobernabilidad fuerte, haciendo a un lado a presupuestos tan indispensables como lo es la educación y la rehabilitación y, en conclusión, tenemos a más personas procesadas en menos tiempo o menos recursos invertidos y más personas sentenciadas (Krauth, 2019). No puede haber validez jurídica si es que los procedimientos y su contenido no están a la par de los derechos constitucionales.

3.2 La alteración al principio de última ratio de la prisión preventiva por efectos del simbolismo penal.

Pese a que en el Ecuador se ha adoptado un sistema de justicia que se busca sea eficiente, sigue estando presente la politización de la privación de libertad y, además,

continúa latente su arbitraria aplicación, alterando el principio de la última ratio legis que, según la norma, caracteriza a la medida cautelar de prisión preventiva.

Lamentablemente la aplicación abusiva de esta medida se debe a distintos factores; uno de ellos es que los tipos penales no cuentan con una visión constitucional, llevando a que los jueces y fiscales caigan en errores al momento de administrar justicia. Otra de las razones, es la constante presión de los medios de comunicación cuando determinados casos llegan a su conocimiento, quizá se podría decir que este es uno de los puntos de quiebre más fuerte hacia la credibilidad de nuestro sistema judicial, debido a que, son muy pocos los jueces y fiscales capaces de enfrentar todo lo que conlleva la opinión pública. Por tanto, la ciudadanía se siente tranquila al saber que el individuo que ha cometido una infracción es encarcelado, en virtud de la desconfianza que tienen hacia los órganos encargados de administrar justicia y de que puedan imponer alguna pena que sea benevolente y favorezca de algún modo al infractor.

Constatando la muy poca fiabilidad hacia los operadores de justicia, hacia su estructura y las alternativas que toman al momento de castigar al delincuente, considero que algunas de las soluciones que podrían mejorar estas falencias y para todos estos factores citados, sería; educar a la ciudadanía y la capacitación de los funcionarios judiciales, en base al hecho de que el abuso de la prisión preventiva se desempeña sin observar ni la jurisprudencia internacional ni las recomendaciones otorgadas por los organismos internacionales de Derechos Humanos (Rios, 2018).

Una de las características de la prisión preventiva es que se trata de una medida de carácter excepcional, y esa excepcionalidad tiene una íntima relación con el principio de mínima intervención penal en cuanto a la proporcionalidad de aquellas medidas que limitan el derecho de libertad, es así como la medida cautelar de prisión preventiva atiende

a criterios de última ratio, criterio que se ve desnaturalizado por el Derecho Penal Simbólico.

Ya se ha puesto de manifiesto que el Derecho Penal Simbólico conlleva el menoscabo de derechos, garantías y principios constitucionales al enfrascar normas que no responden a las necesidades de la ciudadanía, sino que únicamente “se utiliza deliberadamente para producir un determinado efecto en la opinión pública, un impacto psicosocial, y no para proteger eficazmente los bienes jurídicos que pretende tutelar” (FERNÁNDEZ RUIZ, 2006, pág., 140).

Inclusive la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se ha referido a este aspecto, al señalar que:

“La imposición de la medida cautelar de prisión preventiva no tiene una incidencia real en la disminución de la criminalidad y la violencia; o que se resuelvan los problemas de seguridad ciudadana” (Corte Nacional de Justicia, 2021).

De tal manera, se logra visibilizar cómo una vez más los legisladores crean normas que, si bien están orientadas (en teoría) a salvaguardar los intereses de toda la población, en la práctica se suscita una contravía entre este propósito y una dogmática penal basada en efectos simbólicos, es decir; o bien se aplican de forma arbitraria sin generar los efectos esperados o, a su vez, no se ejecutan de forma estructurada y con una adecuada funcionalidad como es el caso de las medidas alternativas a la prisión preventiva según manda el art. 522 del COIP que son: la prohibición de salida del país, la presentación periódica ante la autoridad competente, arresto domiciliario, colocación del dispositivo electrónico y por último, la prisión preventiva.

En otras palabras, la prisión preventiva es la última de todas las medidas, debe ser empleada en última instancia en base al principio de la ratio legis. Empero, uno de los

inconvenientes que ya dejamos claros en otros apartados, es la falta de una debida ejecución de las medidas no privativas de libertad y lo que impide o se configura como una limitación para que puedan ser dictadas (Miño, 2019).

El abogado Felipe Rodríguez Moreno, en palabras más certeras expresa que, debido a la influencia del derecho penal simbólico, se adoptan preceptos prohibitivos que, si bien, contemplan una pena, se lo hace aún a sabiendas de que no cuentan con una base de política criminal y que, por tanto, no serán aplicados (Rodríguez, 2013).

Las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva forman parte de esa descripción y ese contenido tan detallado e ilustrativo y, a pesar de que es lógico que no toda norma existe porque sí, es indudable que aún estamos muy atrasados en lo que respecta, por ejemplo, al monitoreo y supervisión de las mismas, no existe una información clara y precisa sobre ese aspecto en específico y claro está, hay una incuestionable falta de mecanismos de control y monitoreo de dichas medidas al demostrarse que no son lo suficientemente operativas y que tampoco se cuenta con una coordinación lo suficientemente idónea entre las autoridades involucradas. Lo que refleja la presencia directa e indirecta de un simbolismo penal (OEA, 2016).

Por esa razón, se procederá a detallar cuáles podrían ser las soluciones para, por un lado, contribuir a la racionalización de la prisión preventiva y, por otro lado, para que las medidas alternativas cuenten con elementos correctamente sistematizados y la erradicación de la enorme influencia que tiene el Derecho Penal Simbólico en las mismas.

3.4 La erradicación del simbolismo penal en la prisión preventiva y sus beneficios

Eliminar todo rastro de un simbolismo penal en nuestra legislación, considero es uno de los retos más complejos que enfrenta el sistema ecuatoriano, esto en razón de la infinidad de normas con contenido de este tipo y la fragilidad que conlleva el

sistema de justicia al tratar de combatir problemas como estos. No obstante, los distintos organismos internacionales han logrado también determinar algunas directrices en las que se busca alcanzar una racionalización del uso de la prisión preventiva a través de la utilización de las medidas alternativas a la misma, determinando algunas obligaciones para las distintas instituciones y a todos aquellos encargados de crear leyes y administrar justicia.

El uso de las medidas alternativas representa varias ventajas en comparación con las medidas privativas de libertad, entre algunas que podemos destacar, tenemos:

- Permite optimizar recursos públicos.
- Se configura como un mecanismo sustancial para disminuir el hacinamiento carcelario y la gran crisis que atraviesan los llamados centros rehabilitación que, a mí parecer, no cumplen en nada con ese concepto.
- Permite que se pueda ir perfeccionando la utilidad social del sistema de justicia penal.

Como sabemos, el Ecuador está liderado por los distintos poderes del Estado que son; el ejecutivo, legislativo, judicial, electoral y de transparencia y control social y cada uno de estos poderes tienen un conjunto de responsabilidades y obligaciones que deben ser cumplidas y ejecutadas dentro del marco de lo jurídico y, en este caso en específico, se deben ir ejecutando algunas acciones con el objetivo de que las medidas alternativas a la prisión preventiva tengan una mayor efectividad y operatividad.

Por ende, los poderes Legislativo y Ejecutivo, deben prestar los recursos financieros necesarios para garantizar la operatividad de las medidas alternativas a la prisión preventiva y que exista un mayor número de personas que las adopten. Es relevante que la implementación de estas medidas se haga en virtud de evaluaciones

periódicas que puedan denotar su ejecutividad y el cumplimiento de los objetivos para los cuales fueron integradas en el COIP.

Por parte del Poder Judicial, analizar todos los principios y estándares de aplicación de la prisión preventiva para optar por una medida menos gravosa, aplicando cualquiera de las medidas cautelares en base a los criterios de peligro de fuga y en el caso de que se pueda obstaculizar el desarrollo efectivo de la investigación, pero además que esos criterios están íntimamente relacionados con un análisis exhaustivo de cada caso en concreto. Otra de las formas en las que se podría corregir esta excesiva aplicación de la prisión preventiva es por medio de la creación de servicios innovadores dentro del Ecuador, que marquen un punto de partida para poder verificar todos los riesgos procesales y se puedan controlar las medidas cautelares.

Hay distintos componentes y aspectos que debe ser tomados a consideración cuándo se busca minimizar la rigurosidad de estas medidas cautelares personales, entre los cuales tenemos:

- Permitir que exista un enfoque de género.
- Que se tenga presente el interés superior del niño, mismo que está orientado a que, en caso de duda, el juez tome sus decisiones en favor de los menores.
- Los grupos de atención prioritaria que son, por su condición, más vulnerables.

Todas estas connotaciones deben adoptarse para que no se pueda dar paso a interpretaciones equívocas de la norma y para que no se pueda dar cabida al Derecho Penal Simbólico (OEA, 2016). Tanto el Poder Judicial, Legislativo y Ejecutivo deben trabajar en conjunto para poder emitir un mensaje a nivel institucional que se traduzca

en el uso sensato de la prisión preventiva, hecho que se puede efectuar a través de diversos fallos ligados a implantar el cese de la prisión preventiva cuando esté basado en un régimen que únicamente responda a criterios ilegítimos como “alarma social”, “grado de afectación o de incidencia en la sociedad” o “peligrosidad”.

La educación es un arma sumamente poderosa, permite que las personas podamos salir de la ignorancia y tener la capacidad de analizar más a profundidad todo lo que nos rodea y con mayor énfasis si se trata de decisiones que tienen que ver con la limitación de la libertad ambulatoria e integridad de un individuo. Por tanto, lo ideal sería realizar capacitaciones tanto a la ciudadanía para que pueda tener mayor conocimiento en cuanto a lo que es objeto de nuestro estudio; las medidas cautelares privativas y no privativas de libertad y, a su vez, capacitar también a los operadores de justicia sobre la importancia de la excepcionalidad que caracteriza a la prisión preventiva y las ventajas de promover la utilización de las medidas alternativas a la misma.

En ese contexto, las medidas a nivel legislativo que se deberían configurar son; que los requisitos para interponer la prisión preventiva sean mucho más rigurosos, como que no tengan al momento de la petición, otra instrucción fiscal u otra sentencia condenatoria. Inclusive, en muchas ocasiones se ha podido dilucidar que se busca se produzca la caducidad de esta medida para favorecer al procesado o, al revés, los plazos en que debe caducar la prisión preventiva son desestimados y es por eso que otra de las propuestas va encauzada en incorporar herramientas de revisión y supervisión de cada una las medidas cautelares.

Para justificar la tesis que plantea que las medidas alternativas a la prisión preventiva están acompañadas de múltiples fallas en cuanto a su funcionalidad, voy a

hacer mención de dos casos bastante que fueron bastante emblemáticos dentro del Estado ecuatoriano.

CASO Nro.1:

A este caso lo denominaremos **“El caso de Fernando Alvarado”**

- Fernando Alvarado ocupó varios cargos públicos; en 2009, fue Secretario Nacional de Comunicación y en el 2014 fue Ministro de Turismo.
- En el mes de junio del 2018, la Contraloría emitió un informe en el que declaró la responsabilidad de Fernando por un posible peculado.
- El 09 de agosto del 2018, la jueza que tenía conocimiento de la causa, dictó tres medidas cautelares para Alvarado, entre ellas: la prohibición de ausentarse del país, el uso del dispositivo electrónico y la presentación ante la autoridad competente de forma periódica, es decir, cada 15 días.
- Álvaro se presentó por última vez ante la Corte Provincial de Justicia del Guayas, el 19 de agosto del 2018, o al menos esa fue la última vez que se supo algo de él. Por otro lado, el dispositivo electrónico fue, de modo inexplicable, abandonado, e incluso se pudo comprobar que el grillete se había movido por varias partes del territorio nacional: Quevedo, Quito y en la Av. Simón Bolívar que fue el lugar en donde se halló el aparato electrónico, no obstante, quedó en evidencia que no se emitió ningún tipo de señal al ECU 911 cuando el hecho se realizó.
- Estos acontecimientos generaron varias críticas, mismas que atribuían la responsabilidad tanto a la Función Judicial como a la Fiscalía (Miño, 2016).

CASO Nro. 2

A este caso lo denominaremos como **“El caso de Alexis Mera y Maria de los Ángeles Duarte”**

- Alexis Mera fue exsecretario jurídico del Presidente Rafael Correa.
- En el año 2019, específicamente el 01 de junio, Alexis Mera fue detenido por estar presuntamente involucrado en el caso “arroz verde” o conocido actualmente como “caso sobornos”, por el delito de concusión.
- La jueza que estuvo a cargo del caso, procedió a dictar la prisión preventiva para Mera.
- El 03 de julio de 2019, justamente después de la audiencia de apelación que presentó Mera, la Corte Nacional determinó que la prisión preventiva era una medida muy rigurosa, debido a que la Fiscalía no justificó la configuración de todos los requisitos establecidos en la ley para poder dictar dicha medida cautelar.
- Por tanto, el Tribunal declaró que lo más oportuno era sustituir la prisión preventiva por otra de las medidas alternativas reconocidas y establecidas en la ley; el uso del grillete electrónico, el arresto domiciliario o la prohibición de ausentarse del país.

En vista de los casos expuestos, podemos llegar a varias conclusiones, como el hecho de que se puede comprobar como la falta de eficacia de las medidas cautelares, como se muestra en el Caso Nro.2, es irrefutable no solo a nivel internacional sino también dentro del Estado Ecuatoriano. Lo que se refleja a través de los ejemplos ilustrados, específicamente en el primer caso, es que la implementación de los mecanismos electrónicos enfrenta grandes desafíos como el hecho de que existen muchas dilaciones con respecto a la puesta en marcha de la medida, su aplicación es bastante limitada y para aquellas personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad y pobreza resulta incuestionable los grandes impedimentos que tienen.

Es por esas razones que se tendría que eliminar toda forma de discriminación hacia aquellas personas que no pueden financiar su uso.

Una vez que todo este conjunto de falencias que atraviesan a estas medidas cautelares puedan ser corregidos, mejorados, reformados y orientados a garantizar su aplicación en base a criterios de igualdad material, es cuando verdaderamente podrá estar latente cualquier rastro de un simbolismo penal en las normas, con el objetivo de que estas medidas puedan estructurarse dentro de un marco en el que su utilización haga frente a dichos desafíos, además de los cambios normativos que requiere y, de esa manera, puedan ser priorizadas, funcionen como una herramienta esencial que pueda cumplir con la finalidad de reinserción e integración social de todas aquellas personas que estuvieron en conflicto con la ley penal.

CAPÍTULO IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

La medida cautelar de prisión preventiva ha sido y sigue siendo una figura extremadamente criticada no solo dentro de nuestra legislación sino a nivel Latinoamericano, ya que trastoca varias garantías, principios y derechos como lo es el de la presunción de inocencia, el debido proceso, la libertad, integridad, dignidad y demás. Si bien dentro del Ecuador existe una variedad de medidas alternativas a la prisión preventiva, no existen mecanismos efectivos y prácticos que solidifiquen su uso, lo cual ha traído como consecuencia el empleo del encarcelamiento como vía procesal.

Pese a todos los avances que ha tenido nuestro ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia de la Constitución de la República del 2008, se siguen vulnerando derechos

consagrados y garantías consagradas en dicho cuerpo normativo, ignorándolo y dejando de lado la jurisprudencia internacional al momento de aplicar indebida y arbitrariamente la medida cautelar de prisión preventiva.

Otra circunstancia que, estimo es de gran importancia mencionar y es una conclusión a la que debemos poner énfasis, es tomar a consideración el hecho de que, si bien se suele sancionar a los servidores públicos que producen la caducidad de la prisión preventiva, del mismo modo se debe ejercer y aplicar sanciones con rigurosidad a aquellos que suelen solicitar e imponer la prisión preventiva sin criterios fehacientemente cimentados, teniendo presente que, se puede declarar la inocencia de aquella persona a la que ya se le estuvieron vulnerando derechos humanos y fundamentales, como lo es el derecho a la libertad. No existe una penalización ni para la mencionada circunstancia y tampoco cuando nos referimos al tema de la reparación integral, es decir, la Constitución, los tratados y convenios internacionales reconocen la reparación integral de las víctimas en cualquier infracción establecida en el COIP, no obstante, no tenemos una reparación en los casos en que exista un actuar improcedente por parte de los operadores de justicia, es decir, ante una distorsión alarmante de justicia.

Se supone que el derecho a la libertad debe ser considerado la regla general y la restricción de aquella, la excepción, de modo que, la utilización de esta medida debe ser tomada como el último recurso del que tanto los operadores de justicia como el Estado dispongan, y que estén enfocados en cumplir con los criterios de proporcionalidad, racionalidad, necesidad y todos los requisitos establecidos en la ley, logrando así que el procedimiento no pueda ser obstaculizado para que exista una adecuada vinculación del procesado al proceso y lógicamente demostrar que las

medidas alternativas a la prisión preventiva son insuficientes para garantizar todo a lo que ya nos hemos referido.

Es sumamente relevante optar por posibilidades que puedan solventar los equívocos en los que recae la norma cuando de la prisión preventiva se trata, dado que, se la suele observar como una pena anticipada con lo cual, la garantía de que efectivamente se debe considerar a toda persona como inocente, pierde eficacia. Por tanto, el actuar tanto de la policía y la fiscalía no se puede efectuar en base a sospechas, generando una alteración del Derecho Penal mínimo, es decir, se rompe con el control efectivo del ius puniendi, que no es propio de los sistemas acusatorios y su expansión llega a ser puramente simbólica, primando el castigo como pena o como prisión preventiva, creando esta idea de que al momento de encerrar a procesado se subsanan todos los males de la sociedad y, de esta manera, los gobiernos puedan hacer alusión al hecho de que se está combatiendo el crimen y ocultando los verdaderos problemas humanos morales.

El Simbolismo Penal es otro de los factores que han alterado la funcionalidad de las normas y de las leyes porque, como ya lo hemos constatado, el Derecho Penal Simbólico solamente crea una errónea idea de seguridad en la sociedad pero que no es realmente efectiva o que cumpla con los fines para los cuales ha sido creada la norma. Lo que sucede en el caso de la prisión preventiva y su desmedida aplicación es que se busca mitigar las desigualdades de una sistema que se ve gobernado por injusticias e inequidades que sobrepasan los límites de lo tolerable, empero, estos fines en la realidad no se consuman, bien porque las normas no están enfocadas en verdaderamente ser aplicadas o bien porque no se encuentran debidamente estructuradas, por tanto, resulta importante hacer frente a todos estos desafíos y crear mecanismos que se apeguen a los estándares internacionales y cumplan con la

finalidad del Derecho Penal que es la reinserción e integración social de todos aquellos que han estado en disputa con la ley penal.

4.2. Recomendaciones

Es importante dar a conocer la cantidad de población penitenciaria y de reclusos sin condena existentes en el sistema penal ecuatoriano, con el objetivo de sensibilizar a toda la población y a las autoridades sobre esta situación que a nivel macro ha sido totalmente descuidada, para que la delincuencia sea abordada como un problema que compete a toda la sociedad y no únicamente al criminal.

Los medios de comunicación, al tener un papel tan crucial en la sociedad, deben informar a la misma sin sensacionalismo ni violencia, dejando de poner al infractor como el mayor enemigo y responsable de los males sociales, sino que, al contrario, sean ellos los que puedan difundir información más positiva y constructiva orientada a concientizar a las autoridades políticas y otros grupos dominantes sobre el hecho de que el populismo penal incentiva al uso extremo del sistema penal, trayendo como resultado la primacía del encarcelamiento, la utilización del *ius puniendi* como *prima ratio* y quebrantando el criterio de *ultima ratio*, el simbolismo penal, la expansión del pánico moral y generando así un desgaste de recursos en la búsqueda de mantener el miedo en la ciudadanía y resquebrajando los objetivos del sistema penal.

Debido a que, el empleo de la prisión preventiva ha demostrado producir efectivo nocivos e indelebles en la persona y en la familia del perseguido por la ley penal, los juzgadores deben, obligatoriamente, aplicar la norma jurídica, nacional o internacional, que tenga mayores beneficios para la vigencia de los derechos humanos. Así mismo, los jueces de garantías penales deben administrar justicia atendiendo a los estándares internacionales de la Corte IDH, lo cual traería como resultados eficientes que la prisión preventiva sea aplicada conforme a las finalidades determinadas en la Convención

Americana de Derechos Humanos. Por tanto, se debería elaborar un manual sobre los estándares de la prisión preventiva y, a su vez, capacitar a los operadores de justicia para que puedan aplicar esos estándares encauzados a garantizar los derechos de las personas privadas de libertad, creando herramientas factibles para verificar cada cierto tiempo las prisiones preventivas e investigar y sancionar a todos aquellos que estén vulnerando derechos humanos y fundamentales de los privados de libertad y de aquellos que están siendo juzgados, evitando así, la cosificación de los procesados.

Por tanto, se tiende a la búsqueda constante de que el Derecho Penal actúe bajo los límites dispuestos por la norma para una adecuada interpretación de la ley, basados en la preponderancia de bienes jurídicos superiores como lo es la dignidad, libertad y la presunción de inocencia que tienden a una aplicación racional de las figuras e instituciones penales y la adopción de una criminología contemporánea que produce el bienestar común y la seguridad integral.

BIBLIOGRAFIA

Asamblea Nacional. (2013). *CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL - Quito*.

Recuperado el 13 de November de 2023, de Registro Civil:

<https://www.registrocivil.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/este-es-19-C%C3%93DIGO-DE-PROCEDIMIENTO-PENAL-Reglamentos-Generales.pdf>

Cevallos, E. (2021). *Repositorio Universidad Privada Antenor Orrego*. Obtenido de

https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12759/8382/REP_ENRIQUE.BERMEO_LA.NECESIDAD.DE.INCORPORAR.UN.PLAZO.DE.CADUCIDAD.pdf;jsessionid=2F82F78E21EFB632B57BDEA92D09E0FB?sequence=1

Flores, J. R. (s.f.). *Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador*. Recuperado el 12

de November de 2023, de Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador:
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4945/1/T1925-MDH-Flores-Caducidad.pdf>

Flores, X. (02 de 2007). *Revista Ciudadana de Seguridad Ciudadana*. Obtenido de

<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/bitstream/10469/86/1/05.%20Art%c3%adulo.%20La%20detenci%c3%b3n%20en%20firme...%20Xavier%20Flores.pdf>

Hurtado, E. (01 de 2021). *LUMEN*. Obtenido de

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/lumen/article/view/2386/2501>

Jhonathan Zenon, A. B. (2018). *Repositorio Universidad Sipan*. Obtenido de

<https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/4974/Aguilar%20Burga%20-%20Antonio%20Santamar%c3%ada.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

- Miño, D. (2019). *DERECHOS Y JUSTICIA OBSERVATORIO*. Obtenido de https://odjec.org/wp-content/uploads/2021/04/presion-preventiva_Mesa-de-trabajo-1-copia-2-fusionado-1.pdf
- Nacional, A. (20 de 10 de 2008). *Lexis Finder*. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf
- Nacional, A. (10 de 02 de 2014). *Lexis Finder*. Obtenido de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2021/03/COIP_act_feb-2021.pdf
- OEA. (2016). *Comision Interamericana de Derechos Humanos*. Obtenido de <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/guia-prisionpreventiva.pdf>
- Pabón, P. (s.f.). *UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES “UNIANDES” FACULTAD DE JURISPRUDENCIA PROGRAMA DE MAESTRÍA EN DERECHO ARTÍCULO*. Recuperado el 13 de November de 2023, de DSpace de Uniandes: <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/13214/1/USD-MMP-EAC-001-2021.pdf>
- Prieto, J. (2016). *Repositorio Universidad Regional Autonoma de los Andres*. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/6064/1/TUBAB057-2016.pdf>
- Rios, G. (2018). *USMIP*. Obtenido de https://repositorio.usmp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12727/4106/PROYECTO_DE_INVESTIGACION.pdf?sequence=3&isAllowed=y

Velázquez, S. (2008). *Prisión preventiva y Constitución del Ecuador 2008*. Recuperado el 13 de November de 2023, de CORE:

<https://core.ac.uk/download/pdf/61904335.pdf>

Velazquez, S. (2015). *Repositorio de la Universidad de Coruna*. Obtenido de

<https://core.ac.uk/download/pdf/61904335.pdf>

Vintimilla, S. (2020). Obtenido de <file:///C:/Users/usuario/Downloads/simbolismo.pdf>

Zalamea, P. (2018). *Repositorio Universidad Andina Simon Bolivar*. Obtenido de

<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6607/1/T2836-MDPE-Zalamea-Analisis.pdf>

Zapatier, P. (2020). *Repositorio Universidad Andina Simon Bolivar*. Obtenido de

<https://core.ac.uk/download/pdf/61904335.pdf>