



**UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES**

**MAESTRÍA EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PENAL Y
CRIMINOLOGÍA**

**ANÁLISIS CRÍTICO JURÍDICO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:
FUNDAMENTOS Y FUNCIONES**

(Artículo Profesional de Alto Nivel)

Abg. Pedro Rafael Merchán Miñán.Mgs

TUTOR

Dr. Armando R. Durán Ocampo. PhD

MACHALA 2022

DEDICATORIA

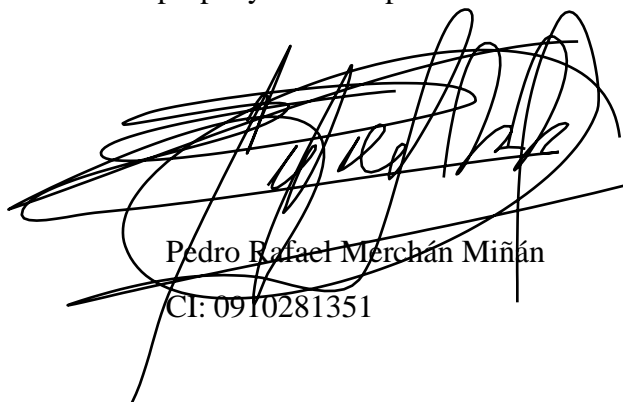
Sin dudarle mi artículo científico es para mi esposa, ella que, me impulsa cual motor para conseguir cristalizar mis metas. A mis capacitadores de la UTMACH, que me acogieron como propio en este claustro del saber. Mi tutor Dr. Armando Durán, quien a quien con justo agradecimiento se debe esta obra. Dios siempre primero es lo justo y por siempre todos mis actos para su honra.

AGRADECIMIENTOS

Fuera realmente engreído sino empiezo retribuyendo a Dios, quien nos dota de sabiduría y salud para alcanzar todos nuestros propósitos este agradecimiento. Mi esposa amada Mirian Rojas Mora, mujer que impulsa mis anhelos y logra en mi alcanzar metas y superarlas. A todos los maestros, personal administrativo y de servicio que componen la UTMACH, sin ellos esta culminación no fuera posible. Especial agradecimiento a mi TUTOR Dr. Armando Durán Ocampo. PhD, amigo de todos y guía en este camino. A dos maestras ejemplares Odalia y Elida que siempre marcaron la ruta para realizar nuestros trabajos. A la conocida “Anabel” que siempre presta ayudaba a todos inclusive en horario no apropiados para la atención. A mis compañeros de maestría que juntos alcanzamos este éxito.

RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA

Pedro Rafael Merchán Miñán, con CI 0910281351, declaro que el trabajo titulado “Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones”, en opción al título de Magíster en Derecho, mención Derecho Penal y Criminología, es original y auténtico, su contenido, conceptos, definiciones datos empíricos, criterios y comentarios, son resultado de mi propia y única responsabilidad



Pedro Rafael Merchán Miñán
CI: 0910281351

Machala, 10 de octubre del 2022

CERTIFICACION DEL TUTOR

Armando Rogelio Durán Ocampo, con CI 0701365637, tutor del trabajo titulado “Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones”, en opción al título de Magíster en Derecho, mención Derecho Penal y Criminología, ha sido revisado, comprobando que este se ajusta a los procedimientos científicos, técnicos, metodológicos y administrativos, establecidos por el Centro de Posgrado de la Universidad Técnica de Machala (UTMACH), razón de la cual doy fe posee los méritos suficientes para que sea presentado a evaluación.



Armando R. Durán Ocampo

CI: 0701365637

Machala, 10 de octubre del 2022

CESIÓN DE DERECHOS DE AUTORÍA A LA UTMACH

Yo, Pedro Rafael Merchán Miñán con C.I. 0910281351 autor del trabajo de titulación **“ANÁLISIS CRÍTICO JURÍDICO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA: FUNDAMENTOS Y FUNCIONES.”**, en opción al título de Magister en Derecho, Mención Derecho Penal y Criminología, declaro bajo juramento que:

- El trabajo aquí descrito es de mi autoría, que no ha sido presentado previamente para ningún grado o calificación profesional. En consecuencia, asumo la responsabilidad frente a cualquier reclamo o demanda por parte de terceros de manera exclusiva

- Cede a la Universidad Técnica de Machala de forma exclusiva con referencia a la obra en formato digital los derechos de:

- a. Incorporar la mencionada obra en el repositorio institucional para su demostración a nivel mundial, respetando lo establecido por la Licencia Creative Commons Attribution No Commercial – Compartir Igual 4.0 Internacional (CC BY NCSA 4.0); la Ley de Propiedad Intelectual del Estado Ecuatoriano y el Reglamento Institucional.

- b. Adecuarla a cualquier formato o tecnología de uso en INTERNET, así como correspondiéndome como Autor la responsabilidad de velar por dichas adaptaciones con la finalidad de que no se desnaturalice el contenido o sentido de esta.



Pedro Rafael Merchán Miñán CI:
0910281351

Machala, 10 de octubre del 2022



ISSN: 0798-1015 • DOI: 10.48082/espacios-

ACEPTACIÓN PARA PUBLICACIÓN

Caracas, 2022-09-26

Espacios codigo:220724Durán-recfGc55DdqzrAZBf

Estimado(a)

Su artículo titulado: "Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones " fue aceptado para ser publicado en la revista Espacios. Próximamente, recibirá más información sobre la publicación de su artículo.

Saludos cordiales,

CERTIFICACIÓN DE PUBLICACIÓN

RESUMEN

La prisión preventiva, es una medida cautelar recogida en el Código Orgánico Integral Penal, la que conlleva despojar al procesado del derecho a la libertad, previo a la emisión de una sentencia condenatoria o absolutoria. Para su realización se decidió una investigación cualitativa, analítica, con el método hermenéutico jurídico y la triangulación de la información obtenida de los textos legales, con el fin de realizar un análisis crítico-jurídico de sus funciones, presupuestos y limitaciones, enfatizando en su manejo en Ecuador.

Palabras clave: Prisión preventiva, medida cautelar, funciones, fundamentos, limitaciones

ABSTRACT

Preventive detention is a precautionary measure included in the Comprehensive Organic Criminal Code, which entails depriving the defendant of the right to liberty, prior to the issuance of a conviction or acquittal. For its realization, a qualitative, analytical investigation was decided, with the legal hermeneutic method and the triangulation of the information obtained from the legal texts, in order to carry out a critical-legal analysis of its functions, budgets and limitations, emphasizing its management. in Ecuador.

Key words: Preventive prison, precautionary measure, functions, foundations, limitations

Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamentos y funciones

1. Introducción

Cuando son violadas las normas legales que regulan el funcionamiento de la sociedad, el Estado es responsable de tomar las medidas previstas en sus leyes, lo cual se materializa a través del proceso penal, en el que se produce una relación de carácter jurídico entre el Estado y el probable infractor, donde ambos participan por igual con deberes y derechos que deben cumplir y cuya conclusión se determina en un juicio que reúna las garantías o prerrogativas del debido proceso, sin embargo, hasta que este culmine, al sujeto acusado de cometer delito le asiste el derecho a que se respete su libertad y la presunción de inocencia.

Según Florian (2019), existen dos tipos de fines procesales, los generales, que se encaminan a esclarecer el delito y determinar la responsabilidad del transgresor que permita la aplicación justa de la ley; y los específicos que se encargan de crear las condiciones para el cumplimiento de los fines generales a través de acciones que buscan esclarecer tanto las condiciones en que se produjo el delito como identificar al presunto infractor. La adopción de la prisión preventiva como medida cautelar puede hallarse dentro de las acciones específicas que buscan asegurar el cumplimiento del fin social de castigar a los culpables y preservar la seguridad ciudadana, sin embargo, este fin tan lícito en apariencia conlleva la vulneración del derecho de inocencia de una persona cuya culpabilidad aún no ha sido demostrada.

Todos estos elementos han conducido a que en el ámbito legal la prisión preventiva haya sido objeto frecuente de debate, además, por su relación con un variado número de factores se ha convertido en un asunto complejo. Reiteradamente surgen cuestionamientos acerca de cuánto debe durar, qué derechos humanos se ven involucrados, cómo preservarlos, etc. La respuesta a estas y otras interrogantes en correspondencia con las condiciones socioeconómicas y de desarrollo de cada país, puede intervenir en la decisión de aplicarla reiteradamente como una forma de contribuir al mejor desenvolvimiento de determinados procesos penales. Según Haro (2021), adoptar la prisión preventiva asegura la presencia del sujeto en el proceso, que se adopte una pena y de ser necesaria la protección de posibles víctimas.

Ciertamente la prisión preventiva constituye una decisión jurídica controversial, en primer lugar, porque implica la privación de libertad para alguien a quien no le ha sido demostrada la comisión de un delito, no ha sido enjuiciado ni existe una sentencia condenatoria en su contra, por lo que no se halla presente este único documento que puede restringir su libertad. En segundo lugar, al momento de dictar prisión preventiva, aun no se tienen suficientes elementos probatorios para motivar la medida, la que puede incrementar su arbitrariedad si, además, posee un tiempo prolongado de duración. Todas

estas limitaciones conducen a considerar la importancia de la prisión preventiva y el lugar que ocupa como cuestión que debe ser dilucidada por el derecho procesal penal.

En Ecuador, investigaciones realizadas por Garzón (2009), Bermeo (2013), Krauth (2018) y Espín (2021); han demostrado que en el país se mantiene una tendencia al abuso de esta medida cautelar, pese a que, en el marco del Derecho Penal, se reconoce como principio del debido proceso al estado de inocencia (Art. 76, Constitución, 2008), de ahí que se considera a la prisión preventiva como una medida excepcional dentro del proceso penal, la cual debe estar debidamente fundamentada (Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal, 2019) y que existen varias modalidades de medidas cautelares establecidas desde el Código Integral Penal del 2014, que se han mantenido en las subsiguientes reformas y que se consideran prioritarias a la privación de libertad (Art. 122, COIP, 2014).

Como un resultado de la incorrecta interpretación y uso de la prisión preventiva, en Ecuador existe un incremento de prisioneros en los centros de rehabilitación, que según Krauth (2018, p.11) consagra “una suerte de círculo perverso de inseguridad, donde las prisiones constituyen precisamente uno de sus eslabones principales”.

Desde el 2019, se ha instaurado en el país una situación de crisis carcelaria que no ha podido ser controlada por dos gobiernos sucesivos. Krauth (2018), opina que una buena parte de la población carcelaria ecuatoriana pudo tener otro destino, considerando característico del país que los delitos más graves queden impunes y que se requiere una mejor aplicación del derecho penal, e indica la necesidad de reformar “el sistema de la investigación penal, reduciendo el abuso de la prisión preventiva y - mediante la despenalización- concentrándose en los delitos que merecen de una sanción penal, sí se puede reducir la población carcelaria notablemente y aumentar la seguridad al mismo tiempo” (p. 9).

Los antecedentes antes descritos justifican la importancia del estudio de la prisión preventiva como medida cautelar, sus fundamentos y funciones, al tiempo que se contextualice su estudio a la actual realidad del derecho penal ecuatoriano, en la búsqueda de cambios a la política criminal aplicada en el país. Todo esto puede repercutir en un manejo apropiado del aumento de la privación de libertad, justificada únicamente con la finalidad de promover la reforma y la readaptación social de las personas que han infringido las leyes, o lo que es lo mismo, en función de alcanzar su rehabilitación social.

El estado actual de la prisión preventiva en Ecuador indica que el derecho penal ha sido despojado de sus fundamentos científicos sustentados en la estricta indagación criminológica científica y se ha sometido a decisiones espurias, condicionadas por presiones políticas, disposiciones producto de actos de corrupción o la venialidad de los legisladores. Ante esto se precisa cuestionar cuáles son los fundamentos y funciones de la prisión preventiva y sus manifestaciones en el contexto.

El artículo que se presenta es el resultado de un estudio cualitativo, documental de fin del máster en

Derecho Penal, el cual tiene como objetivo general interpretar los fundamentos y funciones de la prisión preventiva y cómo se expresan en el Derecho Penal ecuatoriano. La investigación tuvo los siguientes objetivos específicos:

- Describir cómo ha evolucionado históricamente el tratamiento de la prisión preventiva.
- Analizar los conceptos relacionados con la prisión preventiva y sus manifestaciones en el derecho penal ecuatoriano con énfasis en sus fundamentos y funciones.
- Comprender las limitaciones existentes en el cumplimiento de la normativa sobre prisión preventiva vigente en Ecuador.

2. Metodología

La investigación que se presenta de acuerdo con su interés principal centrado en realizar un análisis crítico jurídico de la prisión preventiva, sus fundamentos y funciones; se realiza en el marco del paradigma interpretativo, desde un diseño documental y no experimental. Por su tipología de carácter cualitativo, transversal y analítico, esta investigación documental se concentra en el estudio de la normativa legal vigente en el país, buscando entender las situaciones relacionadas con la prisión preventiva en términos de sus componentes y las interacciones presentes entre ellos, permitiendo su reinterpretación bajo una mirada científica, condicionada por la aplicación del método hermenéutico jurídico, el cual permite interpretar los textos jurídicos, desde el empleo de reglas claras, organizadas sistemáticamente, con una rigurosidad metódica, por lo que a nivel teórico se apoya en el método analítico sintético y el exegético jurídico; a nivel empírico se vale del método de análisis documental el cual le permite precisar las ideas más relevantes de los textos jurídicos en relación con los fundamentos y funciones de la prisión preventiva, con el fin de expresar su contenido sin ambigüedades recuperando la información en él reunida.

3. Resultados y discusión

En este epígrafe se presentan los resultados obtenidos de la realización del análisis crítico jurídico de las normas relacionadas con la prisión preventiva, su historia, fundamentos y funciones.

3.1. La evolución histórica de la prisión preventiva

La prisión preventiva forma parte de la herencia que el sistema inquisitivo dejó en términos legales, como medida cautelar que garantiza la comparecencia a juicio del presunto culpable, con el fin de que se asegure la realización del proceso y la correspondiente sentencia judicial.

En el Mundo Antiguo y específicamente dentro del Imperio Romano, los magistrados se auxiliaban de recursos como la citación personal, la detención y la prisión preventiva; los cuales eran medidas coercitivas que procuraban que la persona compareciera ante la justicia. Cuando se trataba de delitos contra la seguridad del Estado, o en el caso de delitos flagrantes, se permitía matar al ladrón

sorprendido en el acto. (Zavaleta, 1954).

Durante el Imperio Romano, se establecieron las bases del sistema inquisitivo, por lo que la prisión preventiva adoptó tres formas diferentes: *in carcerum*, para los delitos más graves e implicaba reclusión carcelaria; *militie traditio*, la cual se cumplía con la custodia de varios soldados y custodia libera, durante la cual el inculcado se mantenía bajo la custodia de una persona. Lo común es que las dos últimas formas se reservaran para personas de gran poder político o económico, (La Rosa, 2006). Según Merino (2014) en esa época nació el germen de lo que posteriormente se ha considerado como prisión preventiva, bajo el nombre de arresto.

Una cierta mejora de la situación carcelaria se produjo con la llegada del cristianismo a Roma. Según Zavaleta (1954), ya en la decadencia del Imperio Romano, la prisión preventiva era prácticamente una excepción, siendo difícil que se encarcelase a alguna persona por una culpa no comprobada.

En el caso de Atenas, solo podía existir prisión preventiva ante un crimen contra la patria, el orden político y el peculado. Ante los delitos restantes, el acusado quedaba libre y bajo la custodia de tres personas quienes se responsabilizaban con su asistencia al juicio.

En la Edad Media, se fortaleció el sistema procesal inquisitivo. En él la prisión preventiva se consideraba como una pena anticipada y, se aplicaban métodos poco ortodoxos como la tortura para la obtención de pruebas, lo que despojaba de legalidad al proceso. A finales de esa época, señala Chichizola (1963) que se firmó la Carta Magna inglesa de 1215, la que estableció el principio de que nadie podía ser arrestado, encarcelado o privado de sus bienes, desterrado o colocado fuera de la ley sin una sentencia.

La llegada de la Época Moderna, marcó diferencias. Aunque siguió predominando el sistema inquisitivo, este se debilitó, existiendo más control de los procesos penales y según Yépez (2016), continuó teniendo rasgos inquisitivos, aunque con la caída del absolutismo y con la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano como consecuencia de la Revolución Francesa, pasa a adquirir rasgos mixtos.

Con la Época Contemporánea, la prisión preventiva ya no se consideró como una pena anticipada y pasó a ser medida cautelar dentro de una causa, estableciéndose que solo puede existir con la formulación de cargos por parte de la institución encargada de la investigación, en muchos países es la Fiscalía General del Estado. Esta ha sido la época de las grandes declaraciones a favor de los derechos humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, la Carta Europea de Derechos Humanos de 1950, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969.

3.2. Fundamentos de la prisión preventiva

Uno de los bienes más preciados para los seres humanos, es la libertad, la cual en Ecuador es pautada por la Constitución, constituyendo una garantía y un bien jurídico protegido. El desarrollo personal para tener continuidad necesita que no se vea interrumpida la libertad de cada individuo. Cuando se produce cualquier acto de privación de libertad, se viola este derecho humano y se cae en situaciones altamente vulneradoras de derechos, siempre es deseable que antes de limitar la libertad de un ciudadano, exista la certidumbre de su culpabilidad.

Hasta los momentos actuales, en la literatura jurídica existe una gran dispersión de conceptos en torno a la prisión preventiva. Según su postura epistemológica, cada autor la considera indistintamente una medida de seguridad, (San Martín, 2003); o una medida cautelar, (Zavala, 2005).

Distintos autores como Cornejo (2016) consideran la gran agresividad de la prisión preventiva como medida cautelar para los culpables presumibles de un delito y agrega que para imponerla se debe estar absolutamente convencido de que es absolutamente necesaria para el mejor desenvolvimiento del proceso penal.

Estima Del Río (2016), que la prisión preventiva y las medidas alternativas como instituciones procesales, “son instrumentos cautelares que tienen como objetivo único servir al proceso, colaborando con la realización de la justicia” (p. 14).

En general la prisión preventiva es deseable cuando existe el convencimiento de que otras medidas cautelares no son suficientes y se pone en riesgo la presencia en el juicio del presunto culpable, se obstaculiza el desarrollo de la investigación penal o existen riesgos para el propio imputado u otros miembros de la comunidad.

Según Loza (2013, p. 7):

La prisión preventiva tiene como finalidad instrumental la realización exitosa del proceso penal, siendo su objeto asegurar la presencia del imputado y aplicar la sanción como resolución del conflicto penal y la determinación de si es factible la pretensión punitiva; pues en ningún caso tendrá, la finalidad de garantizar la ejecución de una futura condena.

La prisión preventiva puede ser también dictada por un Juez ante delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud, o en los casos de violencia de cualquier tipo contra niños, niñas y adolescentes. Según Sandoval (2020), en la prisión preventiva son confrontados el derecho constitucional a la inocencia que tiene toda persona y el imperativo que desde lo social la justifica.

Cuando una persona es considerada sospechosa de cometer una ilegalidad e ingresa a un proceso penal, se debe tener en cuenta que la prisión preventiva, tiene un carácter procesal y no penal. La prisión

preventiva bajo ningún concepto puede asumir la finalidad preventiva reservada a la pena, ni impedir que se cumplan las de la prisión preventiva: garantizar la participación del sujeto en el proceso penal, minimizar que bajo ningún concepto interfiera con este proceso o se obstaculice el trabajo investigativo de preparación del caso.

Cuando se asume como medida la prisión preventiva, no se está dictando una sanción en el estricto sentido de la palabra, es el Estado quien, de presumir alguna posibilidad de que no se cumpla la acción de la justicia priva de su libertad al presunto culpable, pese a esto, la medida no puede extenderse más allá de lo necesario, en ese caso deben tenerse en cuenta todos los factores que hacen necesaria su aplicación, así como su duración.

Lo cierto es que, definiciones aparte, la prisión preventiva se ha mantenido y enraizado en el tiempo, llegando a los tiempos actuales como una de las cuestiones más debatidas y polémicas que debe tratar la doctrina jurídica. Aunque, profundamente criticada por ésta y calificada como uno de los mayores problemas en Justicia Penal, según (Álvarez y Queralt, 2005), su uso y la necesidad de su estudio avalan su reiterada presencia en la legislación de diferentes países y su uso práctico frecuente, pese a que solo pueda entenderse desde el sistema inquisitivo y esté en contra de los criterios más actuales relacionados con las libertades y derechos humanos.

Aunque la prisión preventiva, es una medida cautelar de carácter personal que limita el derecho de libertad personal durante un tiempo, ella sólo procederá cuando las restantes medidas cautelares resulten insuficientes para asegurar el debido desarrollo del procedimiento penal.

A tenor de lo dicho, otros autores consideran ilegítima la prisión preventiva y asumen que "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente" (Hassemer, 1995, p. 105).

3.3. La prisión preventiva en la legislación ecuatoriana

Para hacer referencia a la prisión preventiva y cómo esta es abordada en la legislación ecuatoriana, se realizará primeramente un breve análisis de cómo las medidas cautelares tienen su base en la legislación internacional, dentro de la cual existen instrumentos que pueden considerarse sus antecedentes más inmediatos, entre ellos:

- La Resolución (65) 1, de fecha 09 de abril de 1959, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que enuncia medidas y principios para restringir el uso excesivo y duradero de la prisión preventiva.
- Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre medidas no privativas de libertad (Reglas de Tokio) adoptadas en Resolución 45/110 por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990.

Los instrumentos antes mencionados, anticipan disposiciones que pudieran considerarse como medidas de aseguramiento para la comparecencia al proceso, antes de pensar en una de prisión preventiva, la cual queda reducida a la última de las opciones a tener en cuenta. En todos los casos la normativa internacional comprende a la prisión preventiva como última medida. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015) plantea que la prisión preventiva es “todo el período de privación de libertad de una persona sospechosa de haber cometido un delito, ordenado por una autoridad judicial y previo a una sentencia firme.”

Pese a que Ecuador ha asumido lo que estipula la normativa internacional, la medida cautelar conocida como prisión preventiva, en su legislación, debe abordarse desde la evolución de la normativa interna en materia procesal penal. La Constitución que marcó el regreso de Ecuador a la democracia en la década del setenta del siglo XX, en su Art. 177, promulgó que la figura de la prisión preventiva, debía ser dictada por el Juez ante los siguientes indicios:

- La existencia de un delito cuya magnitud precise una pena privativa de libertad.
- La existencia de indicios que permitan inferir la culpabilidad o complicidad del imputado.

Fue una etapa durante la cual la prisión preventiva se utilizó desproporcionadamente y al decir de Velázquez (s/f) muchas veces se decidía sin una motivación en específico. Toda esta situación conducía a que en no pocas ocasiones los presuntos culpables fueran encarcelados y permanecieran por mucho tiempo en prisión sin que se le celebrase juicio.

En cuanto a las medidas cautelares, el Código de Procedimiento Penal del 2001 contempla la prisión preventiva, buscando limitar algunas de las dificultades identificadas en cuanto a procedimientos y duración. Pese a que este nuevo Código introdujo cambios incluso en el rol del Ministerio Público, no se produjeron los cambios estructurales necesarios para acompañar las transformaciones en el sistema procesal y todo ello influyó en el incremento de las limitaciones en cuanto a la prisión preventiva. Para resolver estas insuficiencias se incorporó una reforma al Art. 169, cuyo fin se relacionó con la determinación de los términos para la caducidad de la prisión preventiva.

A inicios del 2003, desconociendo el derecho a la libertad y a un debido proceso, el Congreso Nacional incorporó el Código Adjetivo Penal y la “Detención en Firme”, la cual es una medida cautelar de orden personal con el fin de asegurar la comparecencia del acusado al proceso. La inconstitucionalidad e incongruencia de estas medidas con varios instrumentos de derechos humanos, suscritos y ratificados por Ecuador, llevaron a que el Tribunal Constitucional de ese entonces, en el mes de septiembre del 2006, resolviera el retorno a la caducidad de la prisión preventiva, establecida en la Constitución.

La Constitución del 2008 no solo reiteró las disposiciones anteriores, sino que incorporó en el mismo artículo dos disposiciones relevantes, en la primera se resalta el carácter excepcional de la privación

de la libertad y se le asignan dos finalidades: garantizar la comparecencia al proceso o asegurar el cumplimiento de la pena. Se incorpora también una disposición que obliga al Juez a priorizar las sanciones y medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva. En la máxima ley se establece que:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con las circunstancias, la personalidad de la persona infractora y las exigencias de reinserción social de la persona sentenciada.” (Constitución de la República, 2008, p.36)

Por su parte en el Código Orgánico Integral Penal, (en adelante COIP), se establece que la prisión preventiva se halla dentro de las medidas cautelares del proceso penal cuya finalidad tiene una naturaleza estrictamente procesal. En sus artículos 522 y 534, se refiere la necesidad de garantizar simultáneamente la comparecencia a juicio del imputado y el cumplimiento de su pena si se demuestra su culpabilidad.

En el artículo 522 del COIP se organizan las medidas cautelares en un orden creciente de complejidad, esto no solo permite la regulación de la actuación de los operadores de justicia sino que les indica la necesidad de legitimar la aplicación de la prisión preventiva, en correspondencia con lo establecido en el artículo 77 números 1 y 11 de la Constitución de la República, considerando que los mecanismos menos lesivos son los que han de aplicarse preferentemente para conseguir los finalidades procesales antes referidas.

3.4. Limitantes en el cumplimiento de la normativa sobre prisión preventiva vigente en Ecuador

Distintos autores como Angulo (2020), Luque y Arias (2020), Mora y Zamora (2020), Haro (2021); se refieren al excesivo uso de la prisión preventiva como medida cautelar que se aplica en Ecuador, se plantea que se utiliza como primera y debería utilizarse cuando no se pueda garantizar la presencia del imputado en el proceso. Igualmente debería dictarse solo después de un estudio muy riguroso del caso, en el que se demuestre que el inculpado puede hacer uso de una defensa adecuada. Igualmente se considera que en Ecuador los abogados en libre ejercicio profesional abusan de la prisión preventiva

como medida cautelar, desconociendo el hacinamiento que existe en las cárceles del país y sus consecuencias para el entorno social.

En medio de esta trama deben señalarse limitaciones en el uso de las medidas cautelares en el país, pues limitar la prisión preventiva a aquellos delitos que califiquen por su gravedad dentro de los candidatos a una pena de privación de libertad superior a un año, deja abierta la posibilidad de que automáticamente se convierta en el argumento esgrimido por los fiscales para solicitarla, sin un análisis profundo de su necesidad y solo apeguándose a la norma jurídica del COIP donde se identifica al delito.

Esta situación lleva al empobrecimiento en el ejercicio jurídico, al no producirse la valoración propia del Derecho Penal que, si está presente en otros momentos, por ejemplo, al analizar o proponer determinadas leyes, adoleciéndose del análisis profundo que debe acompañar la determinación de prisión preventiva. Esto, a la postre conduce a que se llenen los centros penitenciarios de personas que han sido sujetas a esta medida, a partir de una valoración superficial. La ausencia de este juicio de valor puede también manifestarse cuando el Juez adopta la prisión preventiva como medida cautelar sin que se cumplan con todos los presupuestos legales o requisitos jurídicos, únicamente como un adelanto de la pena probable, ignorando el principio de inocencia, refrendado en el artículo 76 de la Constitución y en el artículo 5, número 4 del COIP.

En el año 2019 se introdujeron reformas al COIP, en las cuales respecto a la prisión preventiva se especifica que esta medida cautelar solamente puede determinarse cuando sean insuficientes otras como el arresto domiciliario o la presentación ante una autoridad señalada. A partir de la reforma realizada, en el artículo 534 del COIP, se plantea que la finalidad de la prisión preventiva es: garantizar la presencia de la persona presuntamente culpable en el proceso y su cumplimiento de la pena.

A pesar de la reforma, persisten algunas limitaciones que pueden afectar la determinación de esta medida cautelar, las cuales se sistematizan a continuación:

-La determinación de la prisión preventiva debe ser cuidadosamente argumentada, lo que de no producirse conllevaría a su anulación como lo establece el artículo 76, número 7, letra 1) de la Constitución de la República. Esta argumentación está en manos del Fiscal quien debe motivar su solicitud de la medida cautelar de privación de libertad y del Juez quien debe, además, argumentar por qué son insuficientes las restantes medidas, así como relacionar los hechos presentados con las normas jurídicas que se deben aplicar, de manera pertinente.

-La duración de la pena preventiva de privación de libertad: En el COIP la mayor parte de los delitos tienen una pena de privación de libertad mayor a un año. El hecho de plantear en el caso de la prisión preventiva que el delito posea una pena privativa de libertad mayor a un año, inevitablemente conduce a que los centros penitenciarios se llenen de personas no procesadas y con medidas cautelares.

-El parte policial, considerado anteriormente de carácter de informativo, en la actualidad, ya no puede ser estimado como tal, lo cual interfiere en la demostración de los elementos de convicción, señalados en los números 1 y 2 del artículo 534 del COIP. Se hace necesario que en realidad se presenten los elementos de convicción que demuestren, con un alto grado de probabilidad casi cercano a la certeza, tanto la existencia del delito, como la autoría y participación del imputado y en esta labor los aportes de la policía son valiosos.

-Otra de las limitantes tiene que ver con la caducidad y revocatoria de la prisión preventiva, respecto a lo cual la justicia ecuatoriana ha caminado tambaleándose entre criterios contradictorios que han entorpecido su mejor aplicación:

Algunos hitos en el establecimiento de la prisión preventiva y la regulación de su caducidad se producen luego de que se promulgara el artículo 24 número 8 de la Constitución Política de 1998:

- En el año 2003 fue aprobada una enmienda a la Ley penal, que consideró la nombrada “detención en firme”, con la cual se extiende de manera ilimitada la prisión preventiva, con el criterio de impedir que los delincuentes más peligrosos se acogieran a la caducidad de la medida cautelar.

- En su artículo 77 número 9, la Constitución del 2008, refrendó que la caducidad de la prisión preventiva se establece en un período de seis meses o un año. Tres años después en el 2011, se introdujo una modificación la cual dispuso que el encierro cautelar se mantiene cuando el presunto culpable dificulta darle continuidad al procedimiento penal u obstaculiza su normal desenvolvimiento.

- En el COIP del 2014, aunque se mantiene lo establecido en la Constitución, se agrega una disposición en la que se desestima y sanciona como una infracción grave, el hecho de que el órgano persecutor inicie nuevas investigaciones por los mismos hechos amparado en otra conducta penal, aun asumiendo que se considere como mecanismo para evitar la caducidad del aprisionamiento preventivo.

Un aspecto en el cual existen grandes limitaciones se refiere a la revisión de la medida de prisión preventiva. Si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que las autoridades judiciales competentes deben realizar una revisión de las medidas cautelares, la mencionada revisión en Ecuador es obviada en muchos casos. Siendo el Juez a quien le corresponde verificar si las condiciones en que se dictó la prisión preventiva han desaparecido, la realidad es que la acción de revisión del encierro preventivo, es asumida de preferencia por la defensa del imputado, quien encuentra no pocos escollos en su camino.

4. Consideraciones finales

La prisión preventiva es un mecanismo jurídico que forma parte de la herencia que el sistema inquisitivo dejó en términos legales, como medida cautelar que garantiza la comparecencia a juicio del presunto culpable, con el fin de que se asegure la realización del proceso y la correspondiente sentencia

judicial. La legislación ecuatoriana y los instrumentos de protección de derechos humanos reconocen ampliamente a la prisión preventiva, cuyos fundamentos se hallan en su carácter provisional y excepcional mediante la cual se priva de libertad a una persona que aún es inocente, dado que todavía no ha sido juzgada.

Es esta última característica quien implica que solo pueda aplicarse cuando las personas han cometido un delito cuya gravedad condiciona la necesidad de evitar la fuga, imposibilitar la destrucción de pruebas o que se cometa un nuevo delito. Puede concluirse que es pertinente cuando existe el convencimiento de que otras medidas cautelares no son suficientes y existe riesgo de asegurar la presencia en el juicio del presunto culpable, se obstaculiza el desarrollo de la investigación penal o existen riesgos para el propio imputado u otros miembros de la comunidad.

Aunque en la literatura revisada se presentan diversos criterios acerca de la prisión preventiva, existe cierta cercanía entre estos, al considerar que su finalidad radica en garantizar simultáneamente la comparecencia a juicio del imputado y el cumplimiento de su pena si se demuestra su culpabilidad, preservando el debido proceso.

A partir del análisis realizado de los documentos normativos y la literatura científica recopilada sobre la prisión preventiva, ha quedado establecido que su aplicación en Ecuador presenta todavía limitaciones que ocasionan su uso abusivo, la convierten en una medida arbitraria y genera violaciones a los derechos humanos.

Pese a que sistemáticamente la prisión preventiva ha sido incluida dentro de la normativa legal, en Ecuador, persisten limitaciones en su aplicación que conllevan al exceso de población en los centros penitenciarios y las violaciones al debido proceso. Estas limitaciones, tienen que ver con la propia concepción de la prisión preventiva en los instrumentos jurídicos, la manera en que se aplica y se revoca.

Referencias bibliográficas

1. Álvarez, F.J.; Queralt, A. (2005). La prisión atenuada como medida cautelar aplicable con carácter general, y la vigencia de la Ley de 10 de septiembre de 1931. *La Ley, Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N.º. 1, págs. 1635-1643.
2. Angulo, M. Á. (2020). La prisión preventiva, su uso proporcional y racional en el Ecuador bajo estándares del sistema interamericano de derechos humanos. *Derecho Penal Central*, 2(2), 169–214. <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/derechopenal/article/view/2755>
3. Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 45/110 d el 14 de diciembre de 1990, sobre las medidas no privativas de libertad. (Reglas de Tokio)
4. Asamblea Nacional del Ecuador. (1983). *Código de procedimiento penal*. Ley 134 Registro Oficial 511.
5. Asamblea Nacional de la República del Ecuador (2019). *Ley Orgánica Reformatoria al Código Orgánico Integral Penal*. Gaceta Oficial, 24 de diciembre, 24 p.

6. Asamblea Nacional Constituyente. Ecuador. (2008). *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449. http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf
7. Asamblea Nacional de la República del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180. <https://es.slideshare.net/radioencantada/registro-oficial-180-codigo-orgnico-integral-penal>
8. Bermeo, P. J. (2013). *Prisión preventiva un problema sin solución en el derecho procesal y constitucional*. Tesis de Grado. Universidad Internacional SEK, Ecuador.
9. Congreso Nacional del Ecuador. (2000). *Código de Procedimiento Penal*. Publicado en Registro Oficial Suplemento No. 360, de fecha 13 de enero de 2000.
10. Cornejo, J. (2016). La prisión preventiva en el COIP. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechopenal/2016/01/25/la-prision-preventiva-en-el-coip>
11. Consejo de Europa (1950). Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, 4.XI.1950
12. Consejo de Europa (2010). Carta del Consejo de Europa sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos. Adoptada en el marco de la Recomendación CM/Rec (2010)7 del Comité de Ministros.
13. Chichizola, M. (1963). *La excarcelación*. Editorial La Ley, Buenos Aires.
14. Del Río, G. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano*. Tesis doctoral. Universidad de Alicante.
15. Espín, G. R. (2021). *La aplicación de la prisión preventiva frente al principio de presunción de inocencia y el derecho a la libertad. un estudio comparado entre Ecuador y Chile*. Tesis de Maestría. Universidad Tecnológica Indoamérica.
16. Florian, E. (2019). *Elementos de derecho procesal penal*. Ediciones Olejnik. 332 p.
17. Garzón, E. Y. (2009). *La prisión preventiva: medida cautelar o pre-pena*. Tesis de Maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.
18. Haro Sarabia, R. G. (2021). La prisión preventiva: breve estudio en Argentina y Ecuador. Tratamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(2), 158-168
19. Hassemer, W. (1995). *Crítica al derecho penal de hoy*, Primera edición. Ad-Hoc, S. R. L., Buenos Aires, Argentina.
20. Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en Ecuador*. Quito, Defensoría Pública del Ecuador.
21. La Rosa, M. (2006). *Exención de prisión y excarcelación*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
22. Loza, C. (2013). La prisión preventiva frente a la presunción de inocencia en el NCPP. Lima. https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasportales/op_20151008_02.pdf
23. Luque, A. y Arias, E. G. (2020). El derecho constitucional en el Ecuador: Presunción de inocencia y prisión preventiva. *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, Nueva serie, año LIII, número 157, enero-abril.
24. Merino, W. (2014). *Caución negada por antecedentes Penales*. Quito, Editorial Jurídica del Ecuador.
25. Mora L. G. y Zamora, A. F. (2020). La inadecuada aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva en el Ecuador. *Pol. Con.*, Edición núm. 48, Vol. 5, No 08, agosto, pp. 250-268.
26. Organización de Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes

- del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana.
https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americanade_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf
27. Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José).
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
28. Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos.
http://www.acnu.org.cu/sites/default/files/ficheros/pacto_internacional_de_derechos_civiles_y_politicos_0.pdf .
29. Organización de las Naciones Unidas. (2015). Declaración Universal de los Derechos humanos.
https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf .
30. Sandoval, E. (2020). La prisión preventiva y sus límites. Enfoques jurídicos, Núm. 2, julio-diciembre, p. 134-150.
31. San Martín, C. (2003). Ponencia presentada en el Seminario Internacional "La influencia de la normativa supranacional de Derechos Humanos en el proceso penal", organizado en Bogotá - Colombia, por la Procuraduría General de la Nación de ese país y la fundación Konrad Adenauer, marzo 18 y 19
32. Yépez, R. (2016). La indebida aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio dentro del proceso penal ecuatoriano, en relación a los principios constitucionales. Quito.
33. Velázquez, S. (s/f). Prisión preventiva y Constitución del Ecuador 2008.
https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/9182/ponencias_14_Velazquez_Velazquez_283-292.pdf?sequence=1&isAllowed=y
34. Zabala, J. (2005). Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo VI. Edino
35. Zavaleta, A. (1954). La prisión preventiva y la libertad provisoria. Editorial Arayú, Buenos Aires.
-