



UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

MAESTRÍA EN DERECHO PROCESAL Y LITIGACIÓN ORAL

TEMA: LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿MEDIDA CAUTELAR O

PENA ANTICIPADA? UNA VISIÓN DESDE ECUADOR

Trabajo de investigación previo a la obtención del título de Magister en
Derecho Procesal y Litigación Oral. Modalidad: Artículo científico de alto impacto.

Autor: Ab. Andrés Santiago Clavijo Vergara Mg.

Tutor: Ab. Daniela Fernanda López Moya, Mg.

AMBATO – ECUADOR

2023

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

Yo, Andrés Santiago Clavijo Vergara, declaro ser autor del Trabajo de Investigación con el nombre “LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA? UNA VISIÓN DESDE ECUADOR”, como requisito para optar al grado de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral, y autorizo al Sistema de Bibliotecas de la Universidad Tecnológica Indoamérica, para que con fines netamente académicos divulgue esta obra a través del Repositorio Digital Institucional (RDI-UTI).

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

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

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de AMBATO a los 31 días del mes de marzo de 2023, firmo conforme:

Autor: Andrés Santiago Clavijo Vergara

ANDRES SANTIAGO
CLAVIJO VERGARA Firmado digitalmente por ANDRES
SANTIAGO CLAVIJO VERGARA
Fecha: 2023.04.11 16:53:55 -05'00'

Número de Cédula: 0104426820

Dirección: Av. Remigio Tamariz 1-62 y av. Fray Vicente Solano, sector el Estadio, ciudad de Cuenca, provincia del Azuay.

Correo Electrónico: andresclavijo.ab@gmail.com

APROBACIÓN DEL TUTOR

En mi calidad de Tutor del Trabajo de Titulación “LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA? UNA VISIÓN DESDE ECUADOR” presentado por Andrés Santiago Clavijo Vergara, para optar por el Título de Magíster en Derecho Procesal y Litigación Oral.

CERTIFICO

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

Ambato, 4 de abril del 2023



Ab. Daniela Fernanda López Moya, Mg.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

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

Ambato, 4 de abril de 2023

ANDRES
SANTIAGO
CLAVIJO
VERGARA

Firmado
digitalmente por
ANDRES SANTIAGO
CLAVIJO VERGARA
Fecha: 2023.04.11
16:49:13 -05'00'

Andrés Santiago Clavijo Vergara
CC: 0104426820

APROBACIÓN TRIBUNAL

El trabajo de Titulación, ha sido revisado, aprobado y autorizada su impresión y empastado, sobre el Tema: LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA? UNA VISIÓN DESDE ECUADOR, previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Procesal y Litigación Oral, reúne los requisitos de fondo y forma para que el estudiante pueda presentarse a la sustentación del trabajo de titulación.

Ambato, 4 de abril del 2023



Firmado electrónicamente por:
WILLIAM ENRIQUE
REDROBÁN BARRETO

.....
Dr. Wiliam Redroban Barrero, Mg.
PRESIDENTE DEL TRIBUNAL

CLARA
DANIELA
ROMERO
ROMERO
Firmado digitalmente por
CLARA DANIELA
ROMERO ROMERO
Fecha: 2023.04.12
16:48:10 -05'00'

.....
Dra. Clara Romero Romero, Mg.
EXAMINADOR



Firmado electrónicamente por:
DANIELA
FERNANDA LÓPEZ
MOYA

.....
Dra. Daniela López Moya, Mg.
DIRECTORA

DEDICATORIA

Con mucho amor, a mi madre;
dedico también este trabajo a las
personas que día a día son mi impulso
y motivación, a ti mi bella Marty,
porque te amo infinitamente y a mis
hijas Camila y Juliana.

Andrés Clavijo Vergara

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios por protegerme durante todo mi camino y darme fuerzas para superar obstáculos y dificultades a lo largo de toda mi vida. A mi esposa Marty, por la paciencia y el apoyo incondicional. A ti mami, ejemplo de superación y dedicación inculcados con mucho amor. A mi hermano Freddy por todo el cariño y preocupación. A mi querido profesor y amigo Ángel Bustamante, por acompañarme durante este arduo camino y compartir conmigo alegrías y fracasos; a mis tutoras Dra. Daniela López y Dra. Yudith López, quienes fueron pilar fundamental para la consecución de este trabajo. A mis colegas de oficina y a todas las personas que hicieron posible y ayudaron a la realización de este trabajo, a todos, Gracias infinitas.

Andrés Clavijo Vergara

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

TEMA: LA PRISIÓN PREVENTIVA ¿MEDIDA CAUTELAR O PENA ANTICIPADA? UNA VISIÓN DESDE ECUADOR

AUTOR: Andrés Santiago Clavijo Vergara

TUTOR: Dra. Daniela Fernanda López Moya

RESUMEN EJECUTIVO

La prisión preventiva se conceptualiza como una medida cautelar, para garantizar la inmediación de la persona imputada a las diferentes etapas del proceso penal; constituye un mecanismo de cautela y no de control social, como erróneamente se ha aplicado en los últimos años en el Ecuador. El presente artículo, se propone analizar el alcance de la prisión preventiva, su finalidad, objeto y regulación normativa. Es necesario tener en cuenta que el deber jurídico de Fiscalía y la función jurisdiccional, para garantizar seguridad jurídica bajo especial cumplimiento al principio de motivación; establece el estudio de la prisión preventiva en apego a criterios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, como medida de última ratio. Para ejecutar esta investigación se emplea una metodología cualitativa, a través de los métodos inductivo – deductivo, que evidencian la aplicación indebida de la prisión preventiva en el sistema procesal ecuatoriano; donde, en la mayoría de los casos, la prisión preventiva se ha constituido como un instrumento de anticipación de pena, y no de cautela procesal, desnaturalizando el verdadero objeto de esta medida extrema, vulnerando el principio de inocencia y el derecho a la libertad del imputado.

DESCRIPTORES: Inmediación, medidas cautelares, proceso penal, prisión preventiva.

UNIVERSIDAD TECNOLÓGICA INDOAMÉRICA

MAESTRÍA EN DERECHO: MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL

THEME: PRETRIAL DETENTION: PREVENTIVE MEASURE OR ANTICIPATED PENALTY? A VIEW FROM ECUADOR

AUTHOR: Andrés Santiago Clavijo Vergara

TUTOR: Daniela Fernanda López Moya

ABSTRACT

Pretrial detention is conceptualized as a precautionary measure to guarantee the immediacy of the person charged in the different stages of the criminal process; it is a precautionary mechanism and not a social control mechanism, as it has been erroneously applied in recent years in Ecuador. This article aims to analyze the scope of pretrial detention, its purpose, object, and normative regulation. It is necessary to consider the legal duty of the Prosecutor's Office and the jurisdictional function to guarantee legal security under special compliance with the principle of motivation. It establishes the study of preventive detention in accordance with the criteria of necessity, proportionality, and exceptionality, as a measure of last resort. To carry out this research, a qualitative methodology is used, through inductive-deductive methods, which show the improper application of preventive detention in the Ecuadorian procedural system; where, in most cases, preventive detention has been constituted as an instrument of anticipation of punishment, and not of procedural precaution, distorting the true purpose of this extreme measure, violating the principle of innocence and the right to freedom of the accused.

KEYWORD: criminal proceedings, immediacy, precautionary measures, remand in custody.

La Prisión Preventiva ¿medida cautelar o pena anticipada? Una visión desde Ecuador

Preventive Prison: precautionary measure or anticipated sentence? A vision from Ecuador

Autores:

Andrés Santiago Clavijo Vergara

Abogado de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciado en Ciencias Políticas y Sociales, Máster en Derecho Penal, Abogado en libre ejercicio profesional y fundador del Estudio Jurídico Bustamante & Clavijo, Docente Universitario en la Universidad Católica de Cuenca, Maestrante de la Maestría de Derecho Procesal y Litigación Oral en la Universidad Indoamérica, Procurador Síndico de la Federación Ecuatoriana de Tenis de Mesa.

andres.clavijo@ucacue.edu.ec, andresclavijo.ab@gmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-6738-2475>

Daniela Fernanda López Moya

Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador, Magister en Derecho Constitucional, Magister en Derecho Laboral, Docente titular Universidad Indoamérica, danielalopez@uti.edu.ec, <https://orcid.org/0000-0002-6777-2617>

Resumen

La prisión preventiva se conceptualiza como una medida cautelar, para garantizar la inmediación de la persona imputada a las diferentes etapas del proceso penal; constituye un mecanismo de cautela y no de control social, como erróneamente se ha aplicado en los últimos años en el Ecuador. El presente artículo, se propone analizar el alcance de la prisión preventiva, su finalidad, objeto y regulación normativa. Es necesario tener en cuenta que el deber jurídico de Fiscalía y la función jurisdiccional, para garantizar seguridad jurídica bajo especial cumplimiento al principio de motivación; establece el estudio de la prisión preventiva en apego a criterios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, como medida de última *ratio*. Para ejecutar esta investigación se emplea una metodología cualitativa, a través de los métodos inductivo – deductivo, que evidencian la aplicación indebida de la prisión preventiva en el sistema procesal ecuatoriano; donde, en la mayoría de los casos, la prisión preventiva se ha constituido como un instrumento de anticipación de pena, y no de cautela procesal, desnaturalizando el verdadero objeto de esta medida extrema, vulnerando el principio de inocencia y el derecho a la libertad del imputado.

Palabras Clave: Inmediación, medidas cautelares, proceso penal, prisión preventiva.

Abstract

Pretrial detention is conceptualized as a precautionary measure to guarantee the immediacy of the person charged in the different stages of the criminal process; it is a precautionary mechanism and not a social control mechanism, as it has been erroneously applied in recent years in Ecuador. This article aims to analyze the scope of pretrial detention, its purpose, object, and normative regulation. It is necessary to consider the legal duty of the Prosecutor's Office and the jurisdictional function to guarantee legal security under special compliance with the principle of motivation. It establishes the study of preventive detention in accordance with the criteria of necessity, proportionality, and exceptionality, as a measure of last resort. To carry out this research, a qualitative methodology is used, through inductive-deductive methods, which show the improper application of preventive detention in the Ecuadorian procedural system; where, in most cases, preventive detention has been

constituted as an instrument of anticipation of punishment, and not of procedural precaution, distorting the true purpose of this extreme measure, violating the principle of innocence and the right to freedom of the accused.

Keywords: criminal proceedings, immediacy, precautionary measures, remand in custody.

Introducción

El Derecho Penal se erige como un Derecho de tutela de bienes jurídicos, entendidos éstos, como bienes materiales e inmateriales, de importancia para las personas que conviven en sociedad. En ese sentido, una de las finalidades de esta rama del Derecho, es mantener un carácter preventivo, encaminado a que el ciudadano cumpla con su rol en comunidad.

O, dicho de otra forma, la sociedad espera y exige del ciudadano un estereotipo de comportamiento en apego a la ley y las buenas costumbres, pues la conducta, sea por acción u omisión en contra del ordenamiento jurídico, que desdiga el rol de cada persona y que lesione un bien jurídico protegido, establece como consecuencia un acto de interés para la justicia penal. Sistema de justicia que tendrá que prever un reproche social a dicha conducta, que se traduce en una respuesta penal que, generalmente, tiene el carácter de pena. La que, entre sus fines, persigue prevenir nuevos acontecimientos como éstos, coadyuvando a mantener el orden y la paz social.

Es menester recordar que el Derecho Penal es de última instancia, y, por ende, prevalece en él, el principio de mínima intervención, por lo que la norma subjetiva penal establecerá cuáles conductas son lesivas y ameriten la intervención punitiva del Estado. Eso en cuanto al derecho penal como ciencia jurídica de interés público, o como propiamente debe ser llamado, rama del derecho de carácter público subjetivo. Sin embargo, desde la óptica del Derecho Procesal Penal, se busca limitar el poder punitivo estatal, lo cual, precisamente, es una de las funciones más importantes de la dogmática jurídico penal, garantizando así, al infractor, un debido proceso en el juzgamiento de la infracción cometida. Además de que, como medio y no fin del proceso, se busque la realización de la justicia y la verdad histórica, confiriendo a la víctima un resarcimiento, en la medida de lo posible, de su derecho o bien jurídico vulnerado, a través de la reparación integral.

Es así como, dentro del espectro normativo procesal penal del Ecuador, puede encontrarse al Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), cuerpo normativo que regula la actividad penal en su parte dogmática y en la parte especial donde recoge cada uno de los tipos penales prohibidos en sociedad; y finalmente, en una tercera parte donde regula la actividad procesal de juzgamiento a los actos penalmente relevantes, y es ahí, donde se profundiza el motivo de estudio del presente artículo científico.

Dentro del devenir procesal de juzgamiento, formalmente, el proceso penal parte con la audiencia de formulación de cargos, en la que el titular de la acción penal pública, que es Fiscalía, solicita a la autoridad judicial la aplicación de medidas cautelares. Entendidas éstas, como garantías del proceso de juzgamiento para asegurar la presencia del imputado en la causa, es decir, avalar su inmediatez en cada una de las etapas procesales. Diligencia que da cabida al inicio de la instrucción fiscal.

En este bagaje de la institución jurídica de Medidas Cautelares, el COIP, recoge medidas tanto de carácter real (en relación a los bienes), como personales (en relación a las personas), que para su aplicación se establecerá de forma prioritaria aquellas que garanticen la libertad del procesado, con respecto aquellas que determinen la privación de este derecho fundamental, tal como lo constituye <<la Prisión Preventiva>>, que puede restringir injustificada e innecesariamente derechos si ésta no responde a criterios objetivos para su aplicación.

Por lo que, para el estudio de la medida cautelar de prisión preventiva, misma que ha sido ampliamente discutida y analizada a nivel doctrinal y jurisprudencial, se la considera como una medida privativa de libertad de última ratio (última razón), que amerita para su aplicación, la observancia de criterios de proporcionalidad, necesidad y de ponderación que permitan su implementación desde la perspectiva de excepcionalidad motivada.

Lo que conlleva a dilucidar su verdadero sentido, una medida cautelar de última instancia que permita a los actores procesales su uso objetivo, desde Fiscalía, que debe justificar su aplicación sobre aquellas medidas no privativas de la libertad, hasta la administración de justicia que, ante la petición del Ministerio Fiscal, llega al convencimiento para imponer prisión preventiva de manera motivada.

Empero, la aplicación de la prisión preventiva no puede ser observada desde la orilla procesal de Fiscalía y los Administradores de Justicia, pues el derecho procesal moderno exige de los abogados patrocinadores, los conocimientos necesarios para en audiencia, debatir estas y otras instituciones propias del derecho, siempre en aras de que prevalezca la justicia, la verdad y una defensa en libertad.

Se abordarán temáticas genéricas referente a las medidas cautelares, para delimitar posteriormente en las privativas de libertad como es la prisión preventiva y las consideraciones doctrinarias, jurisprudenciales y normativas en torno a esta institución jurídica, así como los criterios para su extensión, demarcando su aplicación en sede jurisdiccional.

Este artículo, entonces, pretende desentrañar la aplicación jurisdiccional de la Prisión Preventiva conforme su regulación en el texto constitucional ecuatoriano y en el COIP, determinando si responde a criterios técnicos jurídicos de aplicación, o si, por el contrario, esta ha sido mal utilizada en el sistema adjetivo penal en desmedro de uno de los derechos más privilegiados del ser humano, como es la libertad, vulnerando también el estado de inocencia a través de una medida, que pueda implicar anticipación de pena o del tratamiento como culpable.

Desarrollo

Medidas Cautelares en Materia Penal

Las medidas cautelares, desde la perspectiva del origen de estas palabras en latín, devienen de *metiri* y *cautela*, que atiende a la calidad de precavido, prudencia y cuidado. Por lo que su significado conlleva a una disposición de precaución, que se impone como una herramienta para brindar la seguridad de cumplimiento de obligaciones, tributos, garantías y, concretamente, en el caso del derecho penal, propende a la seguridad del sistema procesal en el juzgamiento de una infracción; bajo la facultad del ejercicio del ius puniendi estatal, lo que propenderá la eficacia final del fallo.

Es así como, la finalidad de su aplicación en materia penal es garantizar en un primer momento, la comparecencia del imputado al proceso en cada una de sus etapas, evitando su fuga; y, a la vez, busca "(...) proteger los derechos de las víctimas, cumplimiento de la pena y reparación integral" (Mora y Zamora, 2020, p. 18), en caso de que la acusación formal y particular hayan podido enervar el estado de inocencia del imputado.

El velar por el procedimiento investigativo y el resguardo de la integridad de supuestas víctimas y la sociedad, es donde soporta sus bases esta institución jurídica. Sin embargo, de manera simultánea es imprescindible que se respete el debido proceso, para garantizar el derecho a la defensa del procesado. Su fundamento, parte de dos consideraciones o presupuestos normativos, el primero de ellos, el *periculum in mora*, traducido como peligro en la demora, en donde se amerita una atención oportuna ante un peligro inminente de posible daño jurídico. Y, por otra parte, el

fumus boni iuris, que representa la apariencia de buen derecho, es decir, concurre la probabilidad de existencia de un derecho y también de responsabilidad penal.

Es así como, la finalidad de su aplicación también se traduce en la necesidad de cautela del procesado en la causa, pues lo que busca es garantizar la intermediación de éste, en el proceso penal. Es decir, asegura la presencia del sujeto procesal acusado, evitando su fuga y a la vez, garantiza el cumplimiento de una posible pena y la reparación integral a la víctima. De ahí que pueda colegirse que, el objeto de las Medidas Cautelares es el proteger los derechos e intereses de la víctima, pero, sobre todo, lo que se establece es la certeza del proceso penal, que aminora el peligro de fuga del procesado y evita la impunidad.

La importancia de la aplicabilidad de las medidas cautelares por la necesidad de reserva en el proceso, "(...) *la tendencia natural del culpable para eludir el castigo que le corresponde por el hecho punible cometido de que es autor*" (Fenech, 1952, p. 319), es decir que, deben propender a que el procesado y los elementos de prueba o evidencia procesal no puedan ser objeto de alteración u ocultamiento.

Bajo dichas premisas, se identifican características de las medidas cautelares para poder establecer el verdadero origen y fin de estas garantías, es así como la doctrina ha señalado como características esenciales de las mismas, la jurisdiccionalidad, instrumentalidad, provisionalidad y homogeneidad.

Al identificar al elemento jurisdiccional, puede encontrarse que el órgano jurisdiccional competente, juez o tribunal, es la única autoridad que puede decretar su implementación en el proceso penal, al estar revestido de la potestad pública de administrar justicia y por ende de disponer acciones para llegar a esta. El elemento material o instrumental de las medidas cautelares, se refiere al hecho de que éstas, deben emplearse dentro de un proceso penal, al ser, instrumentos para viabilizar la intermediación, no pudiendo originarse en un procedimiento aislado.

Por su parte, la provisionalidad, refiere a la validez temporal ya que precisan cumplir con su fin durante un lapso de vigencia, en el que generarán efectos jurídicos, sin que puedan perennizarse o prolongarse en el tiempo, "(...) pues la duración y vigencia prisión preventiva está condicionada a su relevancia jurídica" (Flores, 2021, p. 34) y finalmente la homogeneidad, asegura que la medida cautelar, tenga legitimidad en delitos cuya sanción contemple pena de prisión o de reclusión. Es así como, bajo este criterio, la prisión preventiva no puede generar efectos jurídicos en infracciones, como contravenciones, o, en delitos cuya pena privativa de la libertad no superen de un año de prisión, conforme lo señala el COIP.

Aplicación de las medidas cautelares privativas y no privativas de libertad

Ante la trascendencia de esta institución jurídica, es importante observar su clasificación contenida en el COIP, distinguiéndolas entre aquellas de carácter real y personal, las que no son excluyentes entre sí y puede dictarse una o varias, que por su naturaleza como se refirió con antelación "(...) tienen la característica de instrumentalidad, excepcionalidad y provisionalidad". (Soto, 2020, p. 86)

Las reales "están destinadas a garantizar mediante caución, el patrimonio de la persona natural o jurídica procesada" (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014) a fin de tutelar el pago de indemnizaciones o multas a favor de la víctima en caso de condena. Es así como, la norma adjetiva ha previsto al secuestro, la incautación, la retención y la prohibición de enajenar como instituciones encargadas de cumplir con dicho cometido.

Es de acotar que, las medidas cautelares de carácter personal son identificadas en el COIP en el artículo 522, encontrándose entre ellas, la prohibición de salida del territorio nacional, presentación periódica ante la autoridad jurisdiccional competente o en su defecto ante la autoridad o institución designada para el efecto, el arresto

domiciliario, el uso de dispositivo de vigilancia electrónica, la detención y, finalmente, la prisión preventiva.

La prohibición de ausentarse del país, es una medida cautelar personal impuesta por el juez competente, que restringe el derecho de libertad ambulatoria del imputado, y pretende "(...) asegurar la disponibilidad y permanencia continuada del procesado en el territorio durante un tiempo determinado" (López, 2022, p. 73) Que, es equivalente a la duración que se amerite para resolver la causa, que si bien garantiza su presencia en el territorio nacional, no implica su participación voluntaria al proceso.

En caso de no cumplir con el mandato jurisdiccional, y generar un peligro de fuga que ponga en riesgo el objeto de la medida alternativa impuesta, ésta se revoca y se ordena el encarcelamiento inmediato.

Por su parte, la medida de presentación periódica ante la o el juzgador competente o ante la autoridad que se designe, cumple con un fin de obligatoriedad para que el procesado concurra a cada una de las etapas del proceso. Su esencia, es la periodicidad que es variable acorde a consideraciones propias de la causa, por lo que puede ser diaria, semanal, quincenal u otra, como se señaló, pretende demostrar del imputado, su permanencia en el territorio nacional a través de su justificación presencial ante la autoridad que el juzgador haya designado, por lo que en la praxis esta medida, está ligada a la prohibición de ausentarse del país. A través de ella, la ley impone a un funcionario público, el deber de control de su cumplimiento. Funcionario que, a su vez, mantendrá informado a la autoridad jurisdiccional en caso de desacato para los fines correspondientes ante su inobservancia.

Referente al arresto domiciliario se regula en el artículo 525 del COIP, el control y seguimiento a la medida cautelar, más no define en estricto sentido sus características, por tal razón, se concibe como una de tipo privativa de la libertad, también excepcional, pero prioritaria con respecto a la prisión preventiva. Que en esencia implica un internamiento de carácter preventivo del imputado en su propio domicilio, y que para su aplicación se debe observar presupuestos normativos especiales recogidas en la norma penal enunciada.

Entre estas consideraciones consta la especialidad del imputado y sus circunstancias, como es el caso de mujeres embarazadas, personas adultas mayores, cuya edad supere los 65 años, personas que padezcan enfermedades incurables o terminales y también, en los casos en que la persona procesada sea integrante activo de la Policía Nacional o guía penitenciario, y que el hecho investigado se haya suscitado a consecuencia del cumplimiento de su deber.

Otra de las medidas cautelares personales es la detención como una figura de cautela que acata criterios de temporalidad y motivación, pues se establece en la limitación o privación de la libertad de la persona procesada, únicamente con fines investigativos.

Se dice que la detención debe ser temporal, porque, la mentada norma penal, prevé un límite de hasta veinte y cuatro horas, tiempo en el cual causará los efectos jurídicos requeridos. De igual forma, se enfatiza en la motivación de la orden de la detención, emitida por juez competente y que restringe derechos de libertad y conexos, por lo que debe cubrir con todos los requisitos de forma y fondo para su eficacia y que cumpla así, su fin investigativo para el esclarecimiento de los hechos que forman parte del acervo procesal.

La aplicación o implementación del dispositivo de vigilancia electrónico popularmente conocido, como grillete, se constituye como una medida cautelar que revoluciona al proceso penal punitivo tradicional, siendo que "(...) puede utilizarse para paliar el peligro de fuga, pues la persona estaría ubicable siempre, y se le autorizan un rango de movimiento determinado" (Soto, 2020, p. 90). Lo que significa que se realiza el

seguimiento del procesado que no ha sido privado de la libertad, pero que su libertad ambulatoria es permanentemente monitoreada por este dispositivo electrónico y los funcionarios correspondientes, a fin de evitar la evasión de la justicia penal. De esta manera, en síntesis, se ha demarcado las medidas cautelares no privativas o restrictivas de la libertad, aunque, dicha limitación no es absoluta

Prisión Preventiva

La prisión preventiva, contempla una medida personal pues es en contra de la persona natural, restrictiva del derecho a la libertad ambulatoria, esta es una de las tantas razones que la ubican como una medida de última instancia, pues para su plena vigencia se deberá justificar motivadamente que las demás son insuficientes, para garantizar la inmediación del procesado en la causa donde "(...) se está decidiendo si es o no responsable penalmente de los hechos por los cuales, según el estado en que se encuentre el proceso, se le investiga, acusa o juzga" (Del Solar , 2021, pág. 127). O, que dichas medidas, hayan sido incumplidas, lo que constituye motivo suficiente para ser revocadas y reemplazadas por la prisión preventiva.

La motivación en la imposición de la prisión preventiva es sustancial, sobre todo por los efectos que acarrea, siempre y cuando exista la petición formal y sustentada de fiscalía, que responda a la necesidad de restringir el derecho de libertad de la persona imputada, por un evidente peligro de fuga, que a la postre, signifique impunidad.

Consideraciones doctrinarias, jurisprudenciales y normativas sobre la prisión preventiva

Acorde al elemento doctrinario, se define a la prisión preventiva, como "(...) un acto cautelar por el que se produce una limitación de la libertad individual de una persona en virtud de una declaración de voluntad judicial" (Fenech, 1952. P. 37), concepto del cual se colige la restricción del derecho fundamental a la libertad, decretada por un juez competente, como elemento jurisdiccional indispensable para su vigencia.

Un concepto de la prisión preventiva, desde su caracterización, lo define como "(...) una medida cautelar de carácter procesal, personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, proveniente del titular del órgano jurisdiccional penal" (Zavala, 2005, p. 99), demarcando las características previamente enunciadas, sumando la cualidad de modificación, en caso de que otra de las medidas cumpla a entera satisfacción con la inmediación del imputado.

Por su parte, el autor Fernando Quiceno Álvarez, la señala como una "(...) medida de seguridad adoptada por la autoridad judicial que entiende en el asunto a efectos de evitar que el imputado se sustraiga a la acción de la justicia, (Quiceno Álvarez, 1997, p 215)". Todos los eruditos citados, concuerdan en que la prisión preventiva constituye una limitación al derecho a la libertad determinada por una autoridad jurisdiccional con competencia en materia penal, que no atribuye esta prerrogativa, a ninguna otra autoridad pública, por lo que es excluyente.

De esta manera, en términos generales, la prisión preventiva, se define como una medida cautelar procesal por excelencia, de carácter excepcional, personal, y provisional que está en apego al derecho al debido proceso, y es solicitada en audiencia por fiscalía, guardando conformidad con los presupuestos requeridos en el artículo 534 del COIP. Ante lo cual, será el juzgador quien determine la pertinencia de su usanza o no.

El juzgador que, llegue al convencimiento para ordenar la prisión preventiva, deberá motivar su decisión, con ello, se evitan actos discrecionales que atenten a la seguridad jurídica y al debido proceso, dando fiel cumplimiento al objetivo central de asegurar la comparecencia del procesado al juicio penal y una posible reparación integral a la víctima.

Bajo ese contexto, significa la institución jurídica procesal de cautela más extrema entre todas las medidas cautelares, (de última instancia o última *ratio*), pues, exige para su vigencia la adecuada justificación que el resto de medidas resultan insuficientes para el proceso penal, más aún cuando ésta interrumpe la libertad de las personas.

Como no podía ser de otra manera, la Corte Constitucional del Ecuador ha hecho varios pronunciamientos sobre esta medida cautelar extrema, enfatizando que toda medida privativa de la libertad, deberá ser abordada con criterios de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad, anulando cualquier actuación jurisdiccional arbitraria.

Es así como, la Corte Constitucional mediante sentencia número 8-20-CN/21, de fecha 19 de agosto de 2021, pone de manifiesto una fina línea entre "(...) la salvaguarda del proceso penal y la garantía de los derechos del procesado" (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 8) cuando de aplicar la prisión preventiva se trata.

En esta sentencia, el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, en ese entonces juez de Corte Constitucional del Ecuador, en voto concurrente, señaló "Toda medida restrictiva de derechos debe ser estrictamente justificada, como la prisión preventiva. Una de las formas de analizar la justificación es a través del análisis de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad" (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 18). La motivación debe guardar la decisión jurisdiccional.

Acota en su análisis, y profundiza al indicar que estas medidas orientadas a la privación de la libertad, "(...) pueden significar muerte violenta. Y en nuestro país, la pena de muerte está prohibida" (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 18), bajo la panorámica de progresividad y no restricción de derechos.

Es decir, la Corte Constitucional ya vislumbra un conflicto de su aplicación indebida pues señala además que esta vulnera la igualdad entre los sujetos procesales, y "(...) si la prisión preventiva genera una desigualdad de armas, entonces no es legítima y debería evitarse su uso" (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 18). Continúa el Dr. Ramiro Ávila Santamaría, y, señala:

"Cuando fiscales y personas procesadas se les prive simultáneamente de su libertad durante el proceso, o en ningún caso se les prive de libertad mientras se desarrolla el proceso, entonces ahí se garantizará la igualdad de armas en el proceso penal."

Lo que es una realidad que no puede ser inobservada por los sujetos procesales, donde en la sentencia referida concluye que su incorrecta aplicación, vulnera también, la presunción de inocencia de la persona procesada pues "El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada." (Corte Constitucional del Ecuador, 2021, p. 19); de tal manera que, en una analogía basada en el principio de igualdad, se establece que la única manera en que la prisión preventiva no sea mal utilizada deberá garantizar la libertad de los justiciables, o que éstos sean privados de la libertad de manera simultánea.

Sin duda que, la certeza de la persona procesada a tener igualdad de armas y que garantice una defensa en libertad en el juzgamiento, sin el arbitrio de una medida de última instancia, aseguraría la intermediación en el proceso penal, disminuyendo el peligro de fuga.

La misma Corte Constitucional, al referirse a los derechos de los sujetos procesales en el juzgamiento penal, emitió la sentencia vinculante número 001-18-PJO-CC, caso N.º 0421-14- JH, donde prescribe en el marco de un Estado constitucional de derechos y justicia que:

“es obligación del Estado abstenerse de intervenir arbitraria e innecesariamente en los derechos y libertades de los ciudadanos, así como garantizar su plena efectividad. En tal sentido, si tenemos presente la gran importancia que tiene el derecho a la libertad personal dentro de los derechos civiles y políticos y su reconocimiento en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos, es necesario reconocer que cualquier restricción o privación a la libertad deberá fundarse en motivos previamente establecidos en la ley y solo procederá cuando sea absolutamente necesaria. Esta orientación humanista y garantista de los derechos humanos de las personas penadas, configura un importante elemento, mientras el primero usa su poder punitivo como primera medida para reprimir conductas delictuosas, el segundo se asegura de que el *ius puniendi* y las penas privativas de la libertad se utilicen solo como último recurso, después de que quede plenamente establecido que el uso de otros mecanismos resultan insuficientes para sancionar las conductas delictivas más graves que afecten bienes jurídicos de la más alta importancia...” (Corte Constitucional del Ecuador, 2018).

Por su parte, el pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador emitió la resolución número 14-2021, de fecha 15 de diciembre de 2021, en la que indica que esta medida “deberá estar motivada y de conformidad con la ley. Se ordenará solo si se ha demostrado que la persona investigada podría fugarse, caso contrario, se deben dictar otras medidas, menos severas” (Corte Nacional de Justicia del Ecuador, 2021, p. 15) que aseguren la intermediación.

La resolución del pleno de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, indica los presupuestos necesarios para una correcta aplicación de la prisión preventiva, y enfatiza, en justificar que las medidas no privativas de la libertad resultan insuficientes para el fin procesal, destacándola como una medida de última *ratio*, cuya vigencia se determina en función del real peligro de fuga del procesado y no del tipo penal investigado, ya que, de ser así, tendría un fin punitivo desde la dogmática penal, cuando es procesal por excelencia (Zaffaroni, 2021).

La prisión preventiva por ningún concepto puede mirarse como un instrumento de castigo o que anticipe pena; al procesado, le asiste en todo el devenir procesal, el estado de inocencia, como garantía constitucional.

Caso Tibi vs Ecuador ante la CIDH

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH), ha realizado una crítica al sistema penitenciario del Ecuador, debido al hacinamiento y las condiciones del mismo, donde se ha presentado un incremento de la población carcelaria, de las cuales un gran porcentaje son personas que se encuentran cumpliendo prisión preventiva, lo que agrava el sistema penitenciario del Ecuador.

En el caso Daniel Tibi vs Ecuador, ante la CIDH, expone la responsabilidad estatal referente al derecho a la libertad, integridad física y psicológica, la salud, el acceso a la justicia y demás garantías penitenciarias. Los hechos que responden al caso en mención, hacen referencia a que el señor Daniel Tibi de origen francés, que fue arrestado en fecha 27 de septiembre de 1995, su detención vulneró el debido proceso, pues los oficiales de policía ejecutaron la medida sin orden judicial, para posteriormente trasladarlo a la ciudad de Guayaquil por vía aérea, ciudad donde fue recluido en un centro de privación de libertad, permaneciendo detenido ilegalmente por el lapso de veintiocho meses.

Durante su permanencia en ese centro fue objeto de torturas, tratos crueles e inhumanos como ser golpeado, quemado e incluso asfixiado, donde el objetivo era que, mediante la coacción ejercida, confiese la participación en un caso de narcotráfico. Al momento de la detención se ordenó también la incautación de sus

bienes, por un valor que ascendía a un millón de francos franceses, mismos que fueron reintegrados al momento de su liberación, en el año de 1998.

En este caso, la prisión preventiva fue excesiva y prolongada, contrario a criterios de proporcionalidad y necesidad, contraviniendo también al principio de legalidad, el derecho a la legítima defensa y a la presunción de inocencia, toda vez que se logró demostrar, en lo posterior, que Daniel Tibi era inocente de los cargos que le acusaban.

El caso Tibi Vs. Ecuador, expuso la necesidad de reestructurar el sistema carcelario, pues la prisión preventiva no puede ser menoscabada como medida de anticipación de pena, bajo el discurso de mantener la paz social, ya que desnaturaliza a la medida y al proceso penal en sí mismo por lo que con la vigencia del nuevo texto constitucional se delimitaron tiempos máximos para la prisión preventiva distinguiendo entre delitos sancionados con prisión y los de reclusión.

“La prisión preventiva no debe ser contraria al derecho fundamental, a la libertad personal e integridad física, ninguna persona puede ser detenida arbitrariamente, ni recibir tratos crueles, ni degradantes. Las características de la prisión preventiva son: proporcionalidad, razonabilidad, necesidad” (Gómez, 2018, p. 27).

Por lo que es necesario ser críticos con la realidad procesal, donde es prioritario garantizar la aplicación preferente de aquellas medidas cautelares no privativas de la libertad, en apego a la constitución y las leyes del Ecuador; y que, la prisión preventiva constituya una medida de última instancia.

La Prisión Preventiva en el Código Orgánico Integral Penal

La prisión preventiva, se encuentra regulada en el COIP en el artículo 534, en su redacción, el legislador establece su objeto, pero al mismo tiempo, señala la obligatoriedad de ser fundamentada por el fiscal al juez de la causa, sustentar el cumplimiento de requisitos sin los cuales, la medida no podría ser ordenada, ni generar efectos jurídicos.

El fiscal de la causa, como primer requisito a observar, debe poseer elementos de convicción suficientes, referentes a la existencia de un delito de acción penal público (materialidad y responsabilidad); mientras que, en delitos de acción penal privada, tales como, lesiones menores, el estupro, la calumnia y la usurpación, no cabe esta figura. El segundo requisito, hace alusión, a la participación del procesado en el cometimiento del delito, para lo cual, el fiscal debe contar elementos de convencimiento claros y precisos que comprometan al imputado como autor del delito investigado.

El tercer requisito que señala resulta uno de los más importantes y poco observado, el fiscal, debe justificar y sostener que existen indicios claros, de que el resto de las medidas no privativas de la libertad, son insuficientes en el proceso penal, por lo que es necesario se dicte la prisión preventiva. La norma por tanto, establece la carga de la prueba al agente fiscal, quien debe justificar y motivar que las medidas personales distintas a la prisión preventiva son insuficientes, esto implica que, el fiscal actúe en apego al principio de objetividad, con el que, el funcionario, no debe únicamente desgatar su actividad investigativa para establecer los elementos de cargo en contra del procesado, sino también, acreditar aquellos instrumentos de convicción que atenúen, limiten o extingan la responsabilidad del mismo.

El juez, ante la petición de fiscalía, formará criterio para ordenar la prisión preventiva, con la obligación de motivar su decisión, con la explicación de las razones y motivos facticos y normativos por las cuales las otras medidas cautelares son escasas, es decir, si el juzgador no encuentra mérito para dictar la medida, por ser insuficiente o carente de sustento, está en la posibilidad de negarla y dictar otras que cumplan con el fin tutelar de cautela al proceso penal.

Finalmente, como último requisito, para su disposición por el Juzgador, se requiere que, la infracción imputada posea sanción privativa de la libertad superior a un año. Este último requisito, puede llevar a los fiscales y jueces, a realizar una interpretación equivocada del verdadero fin de la medida, pues la mayoría de delitos tipificados en el COIP, poseen una pena en abstracto superior a un año, en tal virtud, todos los delitos o la mayoría de éstos fuesen susceptibles de aplicar prisión preventiva, lo que evidentemente vulnera el debido proceso y la tutela judicial efectiva, entendida esta última como un derecho que garantiza un procedimiento justo y equitativo, donde las decisiones jurisdiccionales deben ser motivadas, evitando arbitrariedades y subjetividades, considerándola como excepcional.

La prisión preventiva bajo criterios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad

La excepcionalidad de la prisión preventiva establece que la aplicación o vigencia de esta medida sea de última instancia o, como lo conoce la doctrina, una medida cautelar de última *ratio*. Exige de los órganos jurisdiccionales, la prevalencia de las medidas cautelares no privativas de la libertad, es decir, que, para garantizar intermediación al proceso penal, no se establecerá de manera prioritaria una cautela extrema.

Evidentemente la existencia de la prisión preventiva dentro del ordenamiento jurídico es legal y legítima, pero, esta se invoca únicamente ante un peligro procesal, sea este fuga u obstaculización de la investigación. De ahí que, su característica de última instancia y su vigencia debe ser justificada, siempre y cuando, las medidas cautelares no privativas a la libertad hayan sido o sean insuficientes para que el imputado comparezca a cada una de las etapas procesales.

Los peligros procesales, fuga o riesgo en la investigación, son los criterios que determinan la necesidad para su utilización pues observa la actitud del imputado frente al proceso penal.

La necesidad, debe observar también, el tipo penal investigado, si se trata de un delito grave o uno de bagatela, es imperioso analizar el bien jurídico vulnerado, así como la incidencia o conmoción social del acto penalmente relevante, criterios que deben ser examinados bajo la lupa de principios procesales como el de mínima intervención e inocencia, más aún, cuando el derecho penal actual es de acto y no de autor, donde los peligros procesales antes referidos serán individuales y no responderán a interpretaciones en analogía ni extensivas.

El criterio de proporcionalidad de la prisión preventiva, pretende evitar que ante la aplicación de esta medida se incurra en anticipación de pena, agravando la situación del imputado. Es así como, bajo el criterio de proporcionalidad, el legislador ha establecido el tiempo que tendrá vigencia la prisión preventiva; para lo cual se diferencia entre delitos con pena de prisión y delitos con reclusión.

Se consideran delitos con pena de prisión aquellos cuya pena privativa de la libertad del tipo penal sea menor a cinco años, en tanto que los delitos castigados con reclusión abarcarán aquellas infracciones sancionadas con penas superior a los cinco años. Bajo esa contextualización de las infracciones, la prisión preventiva tendrá una vigencia en relación al tipo penal investigado, de esta manera, la prisión preventiva en delitos sancionados con prisión tendrá una duración de seis meses, en tanto que, aquellos delitos sancionados con reclusión la medida tendrá una duración de un año.

Si se exceden los tiempos establecidos, operará por imperativo legal la caducidad de la prisión preventiva, ésta quedará sin efecto alguno, siempre y cuando, la medida se haya hecho efectiva, pues la sola declaratoria de la medida no inicia el cómputo para la caducidad.

La prisión preventiva, siempre guardará el respeto irrestricto de la presunción de inocencia, de ninguna manera esta medida podrá ser incoada como anticipo de pena, "(...) al procesado no se lo presume inocente hasta el acto jurisdiccional firme que declare su culpabilidad, sino que es inocente mientras dicha resolución no tenga el valor de cosa juzgada formal y material" (Salazar, 2021, p. 223).

La Constitución de la República en el artículo 76 expone que "La ley establecerá la debida proporcionalidad entre las infracciones y las sanciones penales, administrativas o de otra naturaleza" (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 56). Esto implica conceptualizar a la prisión preventiva como medida cautelar y no como instrumento de pena, no puede inobservar principios del debido proceso que garantizan el Estado de inocencia del imputado hasta su juzgamiento. De esta manera, la fijación de la prisión preventiva es obligación del Estado para no restringir la libertad del individuo si no es necesaria y que no sea hayan justificado motivadamente peligros procesales.

La prisión preventiva frente a derechos conexos

Las medidas cautelares en un proceso de juzgamiento, y la prisión preventiva, sobre todo, genera consecuencias, más aún cuando éstas son arbitrarias o abusivas, o cuando se alejan totalmente de los principios procesales necesarios y de estricto cumplimiento en cada procedimiento.

Uno de los derechos expuestos ante la aplicación indebida o arbitraria, es la libertad, concebida como un derecho constitucional, regulado en la carta fundamental del Ecuador, concretamente en el artículo 66, en su numeral 29, que contempla "El reconocimiento de que todas las personas nacen libres" (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 50); donde se evidencia la protección a la libertad de toda persona como uno de los derechos fundamentales que tiene el hombre y que el Estado debe de garantizar.

En procesos judiciales en materia penal, se debe propender a la defensa del procesado en libertad, la privación de este derecho fundamental, y como uno de los más ponderados a nivel jurisdiccional, constituye la excepción a la regla general. Así, concibe la constitución del Ecuador a la prisión preventiva, donde la privación de la libertad no puede realizarse de forma arbitraria o discrecional, conforme el derecho internacional de derechos humanos.

El artículo 77 de la constitución del Ecuador señala garantías básicas en los casos de privación de libertad en causas penales, puntualizando en el numeral 1, lo siguiente:

"La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y 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. (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008)

En la misma línea, "(...) la prisión preventiva no debe ser contraria al derecho fundamental, a la libertad personal e integridad física, ninguna persona puede ser detenida arbitrariamente, ni recibir tratos crueles, ni degradantes" (Gómez 2018, p. 27).

La presunción de inocencia se erige como un derecho que puede ser vulnerado ante la aplicación indebida de esta medida, pues más que una presunción, la inocencia se solidifica como un estado indiscutible en el proceso de juzgamiento, únicamente revertido ante sentencia condenatoria en firme.

Por lo tanto, la presunción de inocencia constituye una garantía básica del debido proceso, tal como lo consagra la Constitución en el artículo 76, en el numeral 2 que

señala "Se presumirá la inocencia, de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada" (Ecuador, Asamblea Constituyente, 2008, pág. 57) Este principio tiene plena vigencia y protección en instrumentos internacionales, pues la Declaración de los Derechos Humanos, la Convención americana de Derechos Humanos y la declaración de los Derechos Civiles y Políticos de San José de Costa Rica, la reconocen como un principio que deberá ser observado obligatoriamente por los órganos jurisdiccionales.

"El estatus jurídico de inocencia es un principio penal de raigambre constitucional, cobijada bajo lo que debemos entender como debido proceso, siendo el debido proceso un derecho fundamental" (Salazar, 2021, p. 225). Estado que podrá ser conculcado toda vez que fiscalía y acusación particular, hayan podido enervar el estado de inocencia y el procesado sea declarado culpable del delito imputado mediante sentencia motivada y ejecutoriada.

De esta manera, la prisión preventiva no puede de ninguna manera ser un instrumento de anticipación de pena, pues restaría objetividad y certeza al proceso penal; conforme lo regula la carta política, el proceso constituye un medio para la realización de justicia y no un fin en sí mismo, de ahí a que la prisión preventiva por la etapa procesal en la que se puede incoar de ninguna manera significaría pena del delito investigado o acusado.

El Estado, a través de los órganos jurisdiccionales y competentes, garantizarán igualdad de armas de los justiciables, toda vez que fiscalía al ser el titular de la acción penal pública, posee una ventaja frente a la defensa y el procesado, tiene a su haber todo el aparataje estatal y el sistema integrado de investigación criminal y un proceso penal forense; situación que no o posee de primera mano el procesado y su defensa.

Por lo tanto, dictar una medida extrema y restringir la libertad, vulnera de manera expresa el principio de igualdad de armas, el procesado privado de la libertad, no va a poseer las mismas circunstancias y oportunidades que si las tiene fiscalía; es por eso, y parafraseando al profesor ecuatoriano Ramiro Ávila Santamaría, para garantizar igualdad de armas en el proceso penal, tanto fiscalía y parte procesada deben gozar de libertad para ejercer su defensa, pues si se priva la libertad a criterio de medida cautela al imputado, se debería privar del mismo derecho a fiscalía, solo ahí se estará frente a una verdadera igualdad.

Consecuencias de la Prisión Preventiva

En el Ecuador, el sistema penitenciario se encuentra regulado por el Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (en adelante SNAI), entidad creada el 14 de noviembre de 2018, mediante decreto ejecutivo número 560, cuyo objeto es aplicar políticas de rehabilitación y la reinserción social de las personas privadas de la libertad.

El SNAI, en su intento de generar políticas públicas de rehabilitación social, ha enfrentado una pugna de poderes del crimen organizado en el Ecuador, al interior de los centros de rehabilitación se encuentran bandas criminalísticas debidamente identificadas y que operan desde el interior de dichos centros, sembrando el caos e inseguridad en el país.

Además de lo puntualizado, se debe considerar la existencia de una crisis penitenciaria "(...) de naturaleza estructural, caracterizada por niveles de violencia y corrupción sin precedentes dentro de las prisiones, y que responde al abandono del sistema penitenciario por parte del Estado desde hace años atrás, así como a la ausencia de una política criminal integral" (Muñoz, 2022, pág. 12).

Es así que, en febrero de 2021 se dio la masacre más grande que vivió el Ecuador en los centros de rehabilitación, un total de 75 muertos por los enfrentamientos de las distintas bandas delincuenciales, todas muertes violentas, propias de la teoría de

criminología del profesor Cesare Lombroso, el delincuente nato, actos cuyo fin era generar zozobra e incertidumbre a la sociedad.

La medida cautelar de prisión preventiva ha contribuido para el crecimiento de las personas privadas de la libertad, generando un hacinamiento, donde el fin de rehabilitación se desdibuja por la sobrepoblación carcelaria de los centros de privación de la libertad; el descontrol al interior de las cárceles se da por un manejo irresponsable y poco técnico de los mismos, inentendible que el número de persona privadas de la libertad incrementen, y no así el número de guías penitenciarios encargados de mantener el orden, "se entrega el orden al interior de las cárceles a las bandas delincuenciales" (Zaffaroni, 2021), mismas que emprenderán una lucha franca para apoderarse y liderar los centros penitenciarios.

Según SNAI (2022) la capacidad carcelaria en el Ecuador, en los 37 centros de privación de la libertad que existen, es de 30.000 personas. En octubre de 2022, el total de personas privadas de la libertad es de 33.337, según información de los registros administrativos de los centros de privación de la libertad, de las cuales con sentencia ejecutoriada se encuentran 19.633 personas, 384 personas reclusas por contravenciones y 466 personas por apremios. En calidad de procesados, se encuentran reclusos 12.854 personas, que representa el 38% del total de la población carcelaria del Ecuador. Estas personas no poseen sentencias ejecutoriadas y su privación de libertad responden al cumplimiento de medidas cautelares como la prisión preventiva.

Bajo ese contexto, ante la inseguridad en las cárceles, la prisión preventiva se ha desnaturalizado, y lejos está de garantizar inmediación al proceso penal, pues su aplicación no responde a criterios de última instancia; constituye sin duda, una medida de anticipación de pena; la persona privada de la libertad se ve avocada a un sinnúmero de posibles peligros, desde delitos de extorsión, lesiones, hasta el peligro de muerte por amotinamientos del crimen organizado.

Aplicación Jurisdiccional de Prisión Preventiva en el Ecuador (discusión de resultados)

La aplicación Jurisdiccional de la prisión preventiva en el Ecuador, se ha visto empañada en gran parte, por la deficiente motivación y vigencia que se da a la medida en los procesos penales. Fiscalía y la administración de justicia, con competencia penal, han denotado un obrar consuetudinario, donde la prisión preventiva, se ha considerado como una medida cautelar de primer orden y no de última instancia y excepcional.

Lo que constituye una aplicación arbitraria y sin ningún tipo de análisis técnico jurídico, vulnera derechos de la persona procesada, como la presunción de inocencia, la mínima intervención penal, la tutela judicial efectiva, la motivación, la libertad, entre otros derechos y principios rectores, que todo Estado que basa su actuar en la ley, debe garantizar, además la norma procesal penal, desde la dogmática establece su objetivo en la limitación del poder punitivo estatal.

La actuación del fiscal, como titular de la acción penal pública, se basa en el principio de objetividad, regulado en el COIP por el cual, destina sus actos de investigación para acopiar elementos de convicción referentes a la existencia de la infracción, así como en relación a la responsabilidad del procesado, empero, debe introducir también al proceso, aquellos elementos de descargo que atenúen, limiten y extingan la responsabilidad del imputado en el presunto hecho delictivo.

Es así como, este principio, encausa a que fiscalía observe el respeto a la presunción de inocencia del procesado; al instar la prisión preventiva al órgano jurisdiccional, donde fiscalía deberá justificar, los peligros procesales, frente a un obstáculo en la investigación o fuga inminente; si no se acreditan aquellas circunstancias, la

inmediación al proceso penal puede ser garantizado por medidas de primer orden y, sobre todo, no privativas de la libertad.

El artículo 534, del COIP, indica los presupuestos mínimos para aplicar prisión preventiva, el numeral tercero indica:

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes (Ecuador, Asamblea Nacional, 2014)

Es decir, impone al fiscal la obligación de justificar, sólidamente, que las medidas cautelares no privativas de la libertad, resultan no efectivas para el proceso penal; si fiscalía no acredita este presupuesto, su petición no puede ser acogida por el ente jurisdiccional, por carecer de fundamento y objetividad.

Por su parte, el juez que, ante la petición de fiscalía, ha llegado al convencimiento y certeza de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar la presencia del imputado a la causa, éste, deberá ordenar la prisión preventiva de forma motivada. Esto es, indicar aquellos elementos que llevaron al convencimiento pleno de que el procesado constituye un peligro procesal.

Conclusiones

La prisión preventiva, por tanto, es una medida cautelar por excelencia, con un objeto claramente identificado, que es garantizar la inmediación del procesado en la causa y disminuir riesgos procesales ante la fuga que este pudiese incurrir. Su régimen de aplicación es de última *ratio*, prevalece la defensa en libertad para lo cual la norma ha previsto otras medidas cautelares, que coadyuvan para el fin procesal de cautela.

Esta figura, por ningún concepto se establece como un instrumento de anticipo de pena, procesalmente es improcedente e inentendible; por lo que fiscalía, como el ente encargado de instar la misma, adecuará sus actuaciones bajo la lupa de la objetividad, en respeto al estado de inocencia del procesado y de la mínima intervención penal. Su deber está positivizado en la norma penal, ésta exige a fiscalía a apartarse de la zona de confort, y sustentar documentadamente que las medidas distintas a la prisión preventiva generarán riesgos procesales, de no ser así la medida se convierte en arbitraria.

Por su parte, el órgano jurisdiccional debe garantizar la tutela judicial efectiva, certeza en el procedimiento, y ante la petición fiscal de aplicar la medida de última instancia, el juzgador debe realizar el ejercicio de valoración y ponderación de derechos frente al caso concreto. Ante el convencimiento de que la prisión preventiva es el medio idóneo para garantizar la presencia del imputado a la causa, su decisión debe ser motivada, garantía constitucional del debido proceso para evitar arbitrariedades, a través de un proceso justo y equitativo, propio de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Referencias bibliográficas.

- Asamblea Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador (Vol. 449). Tribunal Constitucional del Ecuador.
- Atienza, M. (2007). El derecho como argumentación. Barcelona: Ariel.

- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Asamblea Nacional. https://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf
- Código Orgánico Integral Penal del Ecuador. R.O. No. 180 del 10 de febrero 2014. Corte Constitucional. (19 de agosto de 2021). Sentencia N. 8-20-CN/21. Quito, Ecuador.
- Corte Nacional de Justicia del Ecuador. (15 de diciembre de 2021). Resolución N. 14-2021, Quito, Ecuador.
- Fenech, M. (1952). *Derecho Procesal Penal*. Barcelona, España.
- Flores, M. E. (2021). Análisis del Marco Legal de la Prisión Preventiva, Tesis de Grado de la Universidad Autónoma de DEICA.
- Del Solar, J. (2021). Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano. *Ius et Praxis*, 125-135.
- López, A., Vázquez, J., y Arévalo, C. (2022). Aplicación de medidas cautelares diferentes a la prisión preventiva, en delitos sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años. *Polo del Conocimiento*, 7(6).
- Manríquez Oyaneder, J. (2020). Pretrial detention and evidentiary miscarriage of justice. *Revista de derecho (Valdivia)*, 33(2), 275-295. doi:<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200275>
- Mora, L. G., y Zamora, A. F. (2020). La inadecuada aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva en el Ecuador. *Polo del Conocimiento: Revista científico - profesional*, 5(8), 250-268.
- Organización de los Estados Americanos (OEA). (1978). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). *Convención*. San José, Costa Rica.
- Salazar, J. C., (2021). Derecho Penal Parte General. *Editorial Edino*, Guayaquil, Ecuador.
- SNAI (2022). *Situación Penitenciaria del Ecuador año 2022*. www.atencionintegral.gob.ec
- Soto, B. (2020). La prorroga extraordinaria en la medida cautelar del arresto domiciliario con monitoreo electrónico. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*(129), 75 - 103.
- Vaca Andrade, R. (2020). *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*. Quito, Ecuador.
- Vivanco, P. (2015). *Código Orgánico Integral Penal - Hacia su mejor comprensión y aplicación: Las Medidas Cautelares en el Código Orgánico Integral Penal*, 195-204. Quito, Ecuador
- Zavala Baquerizo, J. (2006). *El Debido Proceso Penal*. Editorial Edino. Guayaquil, Ecuador.