



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TITULO

**EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA
PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

AUTOR

AB. JIMMY MANUEL CHUCHUCA QUINTANA

TRABAJO DE TITULACIÓN

**Previo a la obtención del grado académico en
MAGÍSTER EN DERECHO MENCIÓN DERECHO CONSTITUCIONAL**

TUTOR

Mgtr. TANYA ROXANA TORRES CASTILLO

Santa Elena-Ecuador

Año 2023



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA**

**FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN



Firmado electrónicamente por:
**DANIEL ALEJANDRO
PROCEL CONTRERAS**

**Abg. Daniel Procel Contreras Mgtr.
COORDINADOR DEL PROGRAMA**

**Abg. Tanya Torres Castillo Mgtr.
TUTORA**



Firmado electrónicamente por:
**DIEGO MANUEL
NÚÑEZ
SANTAMARÍA**

**Abg. Diego Núñez Santamaría Mgtr.
ESPECIALISTA 1**

RAUL FERNAND
CORONEL
Firmado digitalmente por
RAUL FERNANDO
GUERRA CORONEL
Fecha: 2023.01.23
10:56:34 -05'00'

AB. FERNANDO GUERRA CORONEL Msc.

**Abg. Raúl Guerra Coronel Mgtr.
ESPECIALISTA 2**

**Ab. María Rivera Mgtr.
SECRETARIA GENERAL
UPSE**



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN

Certifico que luego de haber dirigido científica y técnicamente el desarrollo y estructura final del trabajo, este cumple y se ajusta a los estándares académicos, razón por el cual apruebo en todas sus partes el presente trabajo de titulación que fue realizado en su totalidad por **JIMMY MANUEL CHUCHUCA QUINTANA**, como requerimiento para la obtención del título de Magíster en Derecho mención en Derecho Constitucional.

TUTOR

Mgr. TANYA ROXANA TORRES CASTILLO

20 días del mes de julio del año 2023



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD

Jimmy Manuel Chuchuca Quintana

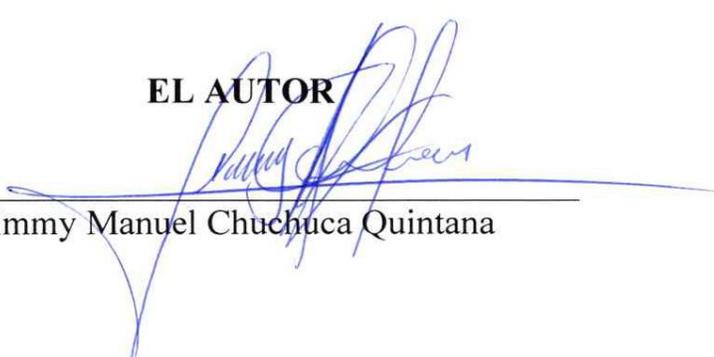
DECLARO QUE:

El trabajo de Titulación, **EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, previo a la obtención del título en Magíster en Derecho mención Derecho Constitucional, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

Santa Elena, a los 20 días del mes de julio del año 2023

EL AUTOR


Ab. Jimmy Manuel Chuchuca Quintana



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO

Certifico que después de revisar el documento final del trabajo de titulación denominado (Titulo del trabajo), presentado por el estudiante, **EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**, fue enviado al Sistema Antiplagio COMPILATIO, presentando un porcentaje de similitud correspondiente al 10%, por lo que se aprueba el trabajo para que continúe con el proceso

CERTIFICADO DE ANALISIS
magister

**EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA
Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN
DE INOCENCIA**

10% Similitudes
19% Texto entre comillas
< 1% Idioma no reconocido

Nombre del documento: EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.docx
ID del documento: d2b2624f32750c48d39b5a788ea360b02ceb31fa
Tamaño del documento original: 244.08 KB

Depositante: LILBETH ALEXANDRA ORRALA SORIANO
Fecha de depósito: 8/7/2023
Tipo de carga: interface
fecha de fin de analisis: 8/7/2023

TANYA ROXANA TORRES CASTILLO
Número de palabras: 21.501
Número de caracteres: 142.739

Ubicación de las similitudes en el documento:

TUTOR

Mgtr. TANYA ROXANA TORRES CASTILLO

20 días del mes de julio del año 2023



**UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA
DE SANTA ELENA
FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y DE LA SALUD
INSTITUTO DE POSTGRADO**

AUTORIZACIÓN

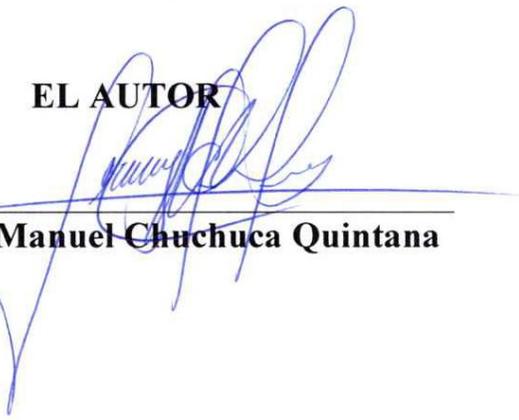
Ab. Jimmy Manuel Chuchuca Quintana

Autorizo a la Universidad Estatal Península de Santa Elena, para que haga de este trabajo de titulación o parte de él, un documento disponible para su lectura consulta y procesos de investigación, según las normas de la Institución.

Cedo los derechos en línea patrimoniales del informe de investigación con fines de difusión pública, además apruebo la reproducción de este informe de investigación dentro de las regulaciones de la Universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica y se realice respetando mis derechos de autor

Santa Elena, a los 17 días del mes de julio del año 2023

EL AUTOR


Ab. Jimmy Manuel Chuchuca Quintana



AGRADECIMIENTO

Agradezco en Dios, por darme las fuerzas y la fe para poder cumplir con este objetivo, a mis tres hijas y a mi esposa por la paciencia y el amor del tiempo dedicado en esta maestría, tiempo que se los dedicaba a ellas, a mis padres y hermanos por el apoyo moral y afectivo que crea el impulso para perseguir mis metas, los llevaré en mi corazón y en mi mente por siempre en mi futuro profesional.

Ab. Jimmy Manuel Chuchuca Quintana



ÍNDICE GENERAL

<u>TÍTULO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN</u>	I
<u>TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN</u>	II
<u>CERTIFICACIÓN</u>	III
<u>DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD</u>	IV
<u>CERTIFICACIÓN DE ANTIPLAGIO</u>	V
<u>AUTORIZACIÓN</u>	VI
<u>AGRADECIMIENTO</u>	VII
<u>ÍNDICE DE TABLAS</u>	VIII
<u>RESUMEN</u>	IX
<u>ABSTRACT</u>	X
<u>INTRODUCCIÓN</u>	1
<u>SITUACIÓN PROBLEMÁTICA</u>	2
<u>FORMULACIÓN DEL PROBLEMA</u>	2
<u>JUSTIFICACIÓN</u>	2
<u>OBJETIVOS</u>	3
<u>OBJETIVO GENERAL</u>	3
<u>OBJETIVOS ESPECÍFICOS</u>	3
<u>HIPÓTESIS</u>	3
<u>PLANTEAMIENTO HIPOTÉTICO</u>	3
<u>CAPÍTULO I</u>	3
<u>1.1. Antecedentes</u>	3
<u>1.2. Marco Teórico</u>	8
<u>1.2.1. La Naturaleza Jurídica de la Presunción de Inocencia</u>	8
<u>1.2.1.1. Presunción de Inocencia como Principio Informador</u>	9
<u>1.2.1.2. Presunción de Inocencia como Regla Probatoria</u>	10
<u>1.2.1.3. Presunción de Inocencia como Regla de Juicio</u>	12
<u>1.2.1.4. Presunción de Inocencia como Regla de Trato</u>	12
<u>1.2.2. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares</u>	13



1.2.2.1. Características de las Medidas Cautelares.....	16
1.2.2.2. Principios Rectores de las Medidas Cautelares.....	17
1.2.2.3. Clases de las Medidas Cautelares.....	18
1.2.3. Aproximaciones Dogmáticas a la Prisión Preventiva.....	20
1.2.3.1. Enfoque Sustancialista de la Prisión Preventiva.....	20
1.2.3.2. Enfoque Procesalista de la Prisión Preventiva.....	21
1.2.3.3. Enfoque Retribucionista de la Prisión Preventiva.....	22
1.2.3.4. Enfoque Prevencionista de la Prisión Preventiva.....	23
1.3. Marco Legal.....	24
CAPÍTULO II	36
2.1. Diseño de la Investigación.....	36
2.2. Método Particulares Investigación.....	38
2.3. Definición de Variables.....	39
CAPÍTULO III	40
3.1. Principales Hallazgos de la Investigación.....	40
3.1.1. Abuso de la Prisión Preventiva.....	41
3.1.2. Precedentes Jurisprudenciales.....	43
3.2. Análisis y Discusión.....	50
3.3. Propuestas de Solución.....	52
Conclusiones	54
Recomendaciones	55
Bibliografía	56
ANEXO 1.....	63
ANEXO 2.....	65



Resumen

La presente investigación se corresponde a un estudio académico acerca de la prisión preventiva como institución jurídica de carácter instrumental, cautelar y excepcional dentro del proceso penal garantista, y como viene presentando una desnaturalización frente a la recurrencia de su abuso, ante la falta prolijidad de los fiscales en el cumplimiento de su obligación técnica de fundamentar la solicitud de esta medida cautelar, con la usual anuencia de los jueces reflejada en una deficiencia motivacional respecto de la aceptación de la prisión preventiva, perjudicando de esta manera a la vigencia efectiva de la presunción de inocencia como principio procesal informador, como regla de conducción de la praxis penal, pero fundamentalmente, como derecho y garantía de los procesados de quienes no se ha establecido todavía, de manera incontrovertible, la responsabilidad penal sobre determinados infracciones que se le imputa, esto supone un retroceso del sistema penal acusatorio y adversarial, así como de la constitucionalización del derecho penal.

Key: Flagrancia, Juzgamiento Anticipado, Presunción de Inocencia, Prisión Preventiva.



Abstract

The present investigation corresponds to an academic study on pre-trial detention as a legal institution of an instrumental, precautionary and exceptional nature within the criminal process of the guaranteeing of rights, and how it is being distorted by the recurrence of its abuse, due to the lack of diligence on the part of prosecutors in fulfilling their technical obligation to substantiate the request for this precautionary measure, with the usual consent of the judges reflected in a deficiency of motivation with regard to the acceptance of pre-trial detention, This is detrimental to the effective validity of the presumption of innocence as an informing procedural principle, as a rule for the conduct of criminal practice, but fundamentally, as a right and guarantee for defendants whose criminal responsibility for certain offences of which they are accused has not yet been incontrovertibly established, which is a setback for the adversarial and accusatory criminal system, as well as for the constitutionalisation of criminal law.

Key Words: Flagrancia, Prejudgment, Presunción de Inocencia, Prisión Preventiva.



INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva, en nuestro modelo de Estado, está condicionada por garantías y prohibiciones previstas la Constitución de la República del Ecuador (CRE), en el Art. 77.9, de tal forma que, dentro de los procesos penales, en que exista privación de libertad, dicha medida cautelar está excluida de la regla general para garantizar la comparecencia a juicio.

Considerando el axioma del Art. 169 constitucional, que dispone que el sistema procesal es un medio para alcanzar la justicia, el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), establece como una de las seis (6) modalidades de medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada, a la prisión preventiva, no siendo la privación de libertad prioridad en la adopción de medidas.

No obstante del mandato constitucional y legal, *lato sensu*, existe un abuso por parte de los operadores de justicia - junto a la falta de motivación de sus actos dispositivos-, en la adopción de la prisión preventiva como *primera ratio*, ante la posible ausencia de los presuntos infractores, violando el derecho *de libertad*, uno de los derechos fundamentales del ser humano, desarrollado no sólo en jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), sino también en Relatorías regionales sobre vulneraciones por el uso de la medida que nos ocupa (Corte IDH, 2011).

De conformidad con lo dispuesto por Art. 76.2 de la CRE, todo sujeto que se encuentre acusado de haber cometido una infracción penada, goza del derecho a ser tratado como inocente y se suponga tiene la calidad de tal, mientras no se demuestre su culpabilidad. Así, la medida cautelar impuesta por jueces y juezas, a petición de la Fiscalía, tiene el fin de asegurar la presencia del procesado dentro de las etapas del juicio, y no más allá; es decir, atendiendo el mandato constitucional y legal (juridicidad en la actuación de la administración).

Sin embargo, la medida termina siendo dictada según el “estado de necesidad”, lo cual la convierte, en la práctica, en *medida represiva*, que anticipa una pena, topando el núcleo duro de la garantía y principio de la presunción de inocencia, así como del derecho a defenderse en libertad que toda persona procesada tiene, por mandato constitucional (Art. 76.7, CRE) (Artiles Santana, Guerrero Burgos, & Ávila Reyes, 2021).



SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

¿Cuál es el alcance de la garantía de Presunción de Inocencia en nuestro ordenamiento jurídico?

¿Por qué la prisión preventiva es una medida de última ratio en el paradigma del Garantismo Constitucional?

¿Cómo optimizar la práctica procesal penal en favor de los derechos de las personas Procesados?

FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

Por lo indicado, se formula el siguiente problema de investigación: ¿Cómo se ve afectado el Derecho al Debido Proceso de las personas procesadas, en la Garantía de la Presunción de Inocencia, ante el uso indiscriminado de la Prisión Preventiva como medida cautelar?

JUSTIFICACIÓN

La actual investigación tiene como principal meta explicar la tensión que existe entre la falta de motivación en la adopción de la medida cautelar que priva derechos, como primera ratio por parte de las/los juzgadores – mal entendido como “mecanismo de eficacia procesal”-, y la colisión con el Derecho a la Libertad Ambulatoria y la Presunción de Inocencia. La prisión preventiva ha sido tomada, por mucho tiempo, por parte de las/los juzgadores como respuesta del poder punitivo del Estado, que debe guardar proporción y necesidad.

Su uso obedece a un criterio de excepcionalidad, siendo “la norma general” que las personas ejerzan su derecho a la defensa en libertad, a menos que de las circunstancias se desprendan razonables dudas sobre el riesgo de fuga u otros aspectos semejantes.

En tal sentido, se propone establecer un estudio que permita a la comunidad jurídica y académica prestar atención al abuso de la prisión preventiva como medida supuestamente eficaz para proyectar la materialización de la tutela efectiva, frente a los cantos de sirena del maximalismo penal y populismo punitivo, que desnaturalizan el garantismo preconizado en nuestro régimen de derechos y justicia constitucional, a fin de reflexionar y abordar alternativas que limiten el uso de la medida de detención cautelar, y adecuar su aplicación con los estándares de derechos humanos.



OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

El objetivo general será analizar los principios de proporcionalidad y excepcionalidad que deben ser considerados, al momento de aplicar el art. 534 del COIP, frente al derecho a la presunción de inocencia y la mínima intervención penal, y el abuso de la prisión preventiva.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- 1.- Determinar el problema jurídico constitucional entre el principio de presunción de inocencia y el abuso de la prisión preventiva.
- 2.- Establecer el grado de afectación a los derechos ocasionado por el abuso de la prisión preventiva.
- 3.- Analizar las implicaciones de la prisión preventiva en los precedentes constitucionales vinculantes de la Corte Constitucional.

HIPÓTESIS

El abuso de la prisión preventiva ocasiona tensión con el principio de presunción de inocencia, en desmedro de los derechos fundamentales de las personas judicialmente procesadas.

PLANTEAMIENTO HIPOTÉTICO

La prisión preventiva como medida de última ratio, no ha sido considerada como tal, ante su recurrente uso como decisión de primer orden de la autoridad de juzgamiento, para asegurar la presencia de la persona procesada, ignorando los mandatos constitucionales y legales, que son parte del modelo de Estado constitucional, y dejando de lado el paradigma de mínima intervención penal.

CAPÍTULO I

1.1. Antecedentes

El surgimiento de la prisión estuvo ligado a la racionalización de los castigos, un producto de la evolución de la pena; un intento por humanizar la crueldad que se venía aplicando para resolver los conflictos sociales, es procesos de desarrollo de la pena, es identificado con diversas facetas históricas civilizatorias: *“Al respecto, Emiro Sandoval Huertas ubica dentro de la*



transformación de la pena, cuatro fases, de acuerdo a la función declarada de cada momento histórico: Vindictiva, expiacionista o retribucionista, correccionalista y resocializante” (Rubio Hernández, 2012, pág. 2).

Se puede observar por su parte la génesis de la prisión preventiva, en el contexto de la civilización griega, alrededor del año 480 antes de cristo, como un mecanismo de espera ante el juicio por delitos graves (Alonso Fernández, 2017), por situaciones de aprehensión flagrante en actos prohibidos o para forzar a los morosos a cumplir el pago de obligaciones económicas o de deudas (Oliver Olmo, 2000).

Los registros paleojurídicos sobre lo origen de la prisión preventiva se encuentran claramente identificados en la sociedad romana como un medio para la retención del acusado previo a la celebración del juicio, por medio de la medida cautelar de detención llamada “*Vincula*” y la fianza (Fideiussio Romano-Justiniana) para liberar al acusado (Floría Hidalgo, 2002) en este sentido lo explica Miranda Gonzalo (2022):

“(...) fue especialmente considerada en el período monárquico, siendo la regla para la mayoría de delitos, mientras que en el período de la República (509 a.C. a 29 a.C.) se multiplicó el uso de la fianza (fideiussio) para liberar al acusado. La detención se utilizaba para evitar la huida del pendiente de juicio o del que esperaba la condena a muerte o la ejecución de la pena por estar confeso sustentada en la elevada probabilidad de que se produjere la condena. En la mayor parte de los casos afectaba a los extranjeros, soldados, esclavos y ciudadanos de clases bajas, traidores y prisioneros de guerra” (pág. 2).

Se considera que el derecho Justiniano dio origen a grupo de garantías relacionadas con el lugar para ser juzgado o jurisdicción, una modalidad de habeas corpus y la duración máxima de la prisión preventiva de 6 meses.

En este sentido, Oscar Landívar destaca (2022) que, en el derecho romano los magistrados ostentaban de mecanismos coercitivos para el inicio, desarrollo, sustanciación y ejecución de los procesos judiciales para la imposición de penas, entre los cuales estaba la citación personal, la comparecencia por medio de la fuerza, la búsqueda, la detención, la citación no personal a través de los edictos, el auto de aceptación de la fianza y el juzgamiento en ausencia, si se trataba de un juicio privado, el ofendido podía arrestar a acusado en su propia residencia (pág. 11).



Entre los momentos que se pueden distinguir se encuentra alta edad media 711 después de cristo, en la que abundaba el uso de Fueros, y se detalló las regulaciones de la prisión preventiva, donde la cárcel fue la medida cautelar principal para evitar la huida de los procesados en la baja edad media, en lugar de otras modalidades cautelares como la custodia, Las Siete Partidas permitieron establecer a la prisión preventiva en el derecho penitenciario de la península ibérica, Vargas Vencedor (2017), explica el desarrollo divergente que tuvo la prisión como pena y la prisión preventiva a lo largo del decurso de la edad media:

“Mientras la prisión como pena siguió evolucionando, durante la Edad Media la prisión preventiva era importante no en cuanto a la forma sino en cuanto a la necesidad de tener disponible al autor para la investigación, por eso siguió una suerte paralela a la de la pena privativa de la libertad (...) La prisión preventiva sigue funcionando como siempre para retener al individuo sujeto a un proceso casi siempre inquisitivo para averiguar la "verdad"; por esto estuvo sobre todo durante la Edad Media, acompañada de la tortura. Si la tortura era legal y necesaria, sólo se podía aplicar teniendo al sujeto en prisión preventiva” (pág. 4).

Desde la transformación social que sucedió a partir de la baja edad media 1492 y a lo largo de los albores de la modernidad 1808 la tristemente célebre Santa Inquisición, conocida por su especializada práctica de castigos crueles e inhumanos contra las blasfemias y delitos en contra del credo de la fe, instituye como regla general la prisión preventiva a efectos de poder ejecutar toda clase de torturas y poder lograr de ellas las pretendidas confesiones, su papel no más punitivo procuraba la consecución de evidencias, y el sufrimiento anticipado del que era sospechoso de culpa, pero al mismo tiempo, se lo creía en cierto modo cuasi-culpable:

“La historia de la prisión cautelar del imputado en espera de juicio está estrechamente vinculada a la de presunción de inocencia, en el sentido de que los límites dentro de los que la primera ha sido admitida y practicada en cada ocasión siguen de cerca los avatares teóricos y normativos de la segunda. Así sucedió que, mientras en Roma se llegó tras diversas alternativas a la total prohibición de la prisión preventivaZ8, en el Edad Media, con el desarrollo del proceso inquisitivo, se convirtió en el presupuesto ordinario de la instrucción, basada esencialmente sobre la



disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión per tormentaz” (Ferrajoli, 2018, pág. 551).

Fue con la irrupción de las filosofías liberales de los revolucionarios ilustrados, y su concepción de una política criminal en favor del ser humano, que se introduce la noción de presunción de inocencia como garantía elemental de las personas procesadas por el sistema de justicia, y la consecuente racionalización del poder punitivo del Estado, así como la modernización del derecho penal, a través del principio ‘nulla poena sine iudicio’, por lo que el iluminismo de la revolución liberal, cimentó los fundamentos que validan la concepción cautelar de la prisión preventiva (Dei Vecchi, 2015).

Es con el Estado Liberal de Derecho, tal como se ha podido anticipar en líneas precedentes, que la limitación de la libertad ambulatoria para sujetos bajo investigación por sospecha de infracción de la norma penal, se estableció como fundamento cautelar (Cardenas Garcia, 2017), que si bien los revolucionarios liberales sentaron las bases discursivas que legitiman el uso de la prisión preventiva hoy en día, inclusive ellos anticiparon la contradicción entre presunción de inocencia y pena anticipada que supone la prisión preventiva, por eso se consideró pertinente regular su aplicación en observancia y adecuación con mínimos coherentes, siempre como una suerte de mal menor frente a la brutalidad de tratos que caracterizaba al manejo de los apresados en el Antiguo Régimen(absolutismo monárquico feudal al que se opuso y reformó la revolución francesa), de tal suerte que fue recibida como un avanza con críticas y reparos de parte del iluminismo liberal:

“Beccaria, Carrara y otros autores liberales clásicos, aun reconociendo que la prisión preventiva vulneraba la presunción de inocencia y configuraba una pena anticipada, admitían su procedencia bajo algunos supuestos, criticando habitualmente su duración, sus excesos y desviaciones. Ferrajoli considera que fue así como el pensamiento clásico acabó por justificar la utilización de la prisión preventiva ante diversas necesidades” (Gonzalo Miranda, 2022, pág. 3).

La hegemonía de la prisión como práctica principal como aplicación de penas encuentra su afianzamiento en ciclo XVIII y XIX, plena vorágine de las revoluciones burguesas o liberales de la ilustración, las formas de condenas penales más extendidas eran el pago de onerosas deudas, los castigos corporales, la pena capital y con una alta manifestación de sevicia, Varga (2017)



considera que la implementación inicial de la prisión preventiva moderna, exhibía una tenue diferenciación para las personas apresadas según lo recoge de Von Henting:

“Para Von Henting, la prisión preventiva no se diferenció en cuanto a su aplicación de la prisión como pena, ya que todos los presos fueron sufriendo igual trato así en Europa como en los Estados Unidos de América, que durante el siglo XVIII la cárcel era prisión militar, manicomio y custodia de deudores, etc. A finales del siglo, en Walnut Street Jail no había ninguna separación entre presos, llegando hasta el aislamiento celular riguroso de principio del siglo XIX” (pág. 5).

A pesar de la falta de provisión de una solución de parte del garantismo penal ilustrado, a la relación de tensión existente entre la presunción de inocencia como derecho de los imputados y la restricción preventiva a la libertad ambulatoria, este es el paradigma dominante del modelo de justicia penal del mundo, donde dichos avances relativos a la aceptación del supuesto de inocencia de los procesados, sufrieron un importante espacio de pausa con el surgimiento de formas neo absolutistas de Estado en el cruento periodo de los regímenes fascistas en Alemania e Italia, que una vez superados fue seguido por la incorporación del principio de presunción de inocencia en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Cardenas Garcia, 2017, pág. 70).

Esta etapa fue continuada por la poca receptividad a los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el sentido de fomentar la restricción en la adopción excesiva de la prisión preventiva como una herramienta aseguradora del proceso penal de última instancia (Gonzalez Rodriguez, 2010), pero su sucesiva positivización asimilada como un progreso se encuentra con la doctrina penal de previsional de riesgos y la teoría de los bienes jurídicos, que amplía el espectro de objetivos de la prisión preventiva:

“(…) el Derecho penal, orientado hoy a la prevención de riesgos, ha modificado el concepto procesal poniéndolo a su servicio, dirigiéndolo con aval normativo también a la evitación de riesgos futuros en algunos sistemas cuando, v.gr., se concibe a la prisión preventiva como obligatoria para ciertos delitos y al haberse añadido con posterioridad a la segunda guerra mundial, la finalidad de proteger bienes jurídicos por su intermedio, fundamento que no se vincula al de aseguramiento preventivo con el sentido cautelar con que el instituto fue concebido” (Gonzalo Miranda, 2022, pág. 4).



En lo que respecta a Latinoamérica, el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 y 1989 fue una iniciativa con miras fomentar la adecuación de los sistemas jurídicos de la región guardando conformidad con los tratados internacionales de derechos humanos, en fin de evitar que la legislación procesal facilite la vulneración de los derechos elementales y de consolidar los avances civilizatorios y democráticos (Taboga, 2022), así como superar la etapa de excesos dictatoriales castrenses en América Latina supusieron la transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio (Moreno Nieves & Morales Lucho, 2021).

1.2. Marco Teórico

1.2.1. La Naturaleza Jurídica de la Presunción de Inocencia

La presunción de inocencia es un derecho de contenido fundamental cuyo espectro de aplicación se encuentra principalmente en el desarrollo de procesos de orden penal, siendo esta una de las garantías procesales de valor vertebral en esta rama, cuya esencia es comprendida como un derecho de autonomía y por corrientes doctrinales de inclinación constitucionalista, se lo considera como una prerrogativa inserta en el derecho a la tutela judicial efectiva como un principio asegurador del proceso (Riofrío Jinez, 2022).

La presunción de inocencia opera como un fundamento de las demás garantías, que da dirección a la persecución penal y le otorga racionalidad, que le proporciona de sustrato al derecho penal sustantivo como al derecho procesal penal o adjetivo (Tolentino Penadillo, 2019), dejando excluida toda posibilidad normativa que suponga la culpabilidad por defecto, es decir, una presunción de culpabilidad donde el procesado se encuentra en la responsabilidad de demostrar su inocencia frente a cargos que se le imputen, tal como lo señala la Corte IDH:

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha determinado que el derecho a la presunción de inocencia es un elemento esencial para la realización efectiva del derecho a la defensa y acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme. Este derecho implica que el acusado no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el onus probandi corresponde a quien acusa” (Felices Mendoza, 2021).



Se estima que existen cuatro facetas procesales que determinan la su sustancia y proyección de la presunción de inocencia, tal como lo recoge Alarcón Donayre (2020) reseñando a ius filósofo Jordi Ferrer Beltrán:

Como un principio informador del derecho (procesal penal);

Como una regla para regular la carga de la prueba (Regla Probatoria);

Como regla que regula el estándar de prueba y lo que beneficie al procesado (Regla de Juicio);

Como regla que regula los límites de tratamiento procesal al acusado (Regla Trato).

Es decir que, para Ferrer Beltrán, resulta en un derecho con diversas aristas o facetas, una suerte de poliedro conceptual que funciona como un macroderecho que ostenta una teleología multifinalista, el cual no quiere decir que actué de manera inconexa entre sus varias expresiones y que todas sus manifestaciones tienen como hilo conductor precautelar la integridad física y moral de una persona inocente de allí la importancia de dilucidar las implicaciones que tiene sobre esta prerrogativa la presunción de inocencia.

1.2.1.1. Presunción de Inocencia como Principio Informador

Este valor jurídico goza de acogida general en nuestra cultura jurídica casi por unanimidad, por encima de las normas infraconstitucionales, por lo que la presunción de inocencia presenta un carácter preeminente por lo que su propuesta garantista solo puede ser soslayada por normas del mismo rango o jerarquía superior.

El alcance de este precepto implica que no se catalogue al acusado como culpable anticipadamente, y que la condición de inocencia por defecto, debe ser levantada solamente ante un pronunciamiento jurisdiccional, este es, una sentencia judicial, emitida por un tribunal que observe los principios de independencia, ecuanimidad y la legalidad, en un proceso que se haya efectuado bajos los cauces del debido proceso (Angulo Salinas, 2022).

La presunción de inocencia tiene un carácter humanista, toda vez que este valor configurador del derecho proceso penal se vincula estrechamente con la dignidad humana, el cual define su carácter pro homine incorporado a los sistemas jurídicos de cada país por medio del plexo constitucional, que limita el *ius puniendi* del Estado dando una protección al ciudadano, como garantía de acceso a la justicia.



Establece una dinámica regulativa de la relación entre la potestad estatal y el individuo con miras delimitar la acción del poder público para propugnar y salvaguardar a los sujetos derechos estableciendo un equilibrio entre la tutela del Estado de los bienes jurídicos mediante la represión de los infractores y la protección de la libertad y dignidad de los ciudadanos procesados:

“La presunción de inocencia desde la perspectiva de esta primera dimensión, actúa así como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal, conforme emana de los postulados de la Escuela clásica, que la puso de manifiesto como el eje fundamental sobre el que gira el proceso penal, constituyendo un supuesto de inmunidad frente a ataques indiscriminados de la acción estatal” (Gonzalo Miranda, La prisión provisional como pena anticipada, 2021, pág. 49).

Está máxima jurídica, tal como puede colegirse de lo expresado es una concepción encaminada a informar un proceso penal liberal, cuyo objetivo capital es la restricción del poder desbordante del Estado para proteger al imputado, en esto consiste esta faceta de la presunción de inocencia como principio configurador del derecho procesal penal.

1.2.1.2. Presunción de Inocencia como Regla Probatoria

En la praxis judicial, además de designarse a la presunción de inocencia como un prerrogativa o garantía fundamental de rango constitucional, está bien considerada como una regla del onus probandi o carga de la prueba, en virtud de que se comprende a la presunción de inocencia como un derecho del acusado de naturaleza pasiva, permitiendo le éste no ser perjudicado por su inactividad ante la ausencia presentación de evidencias de descargo a las acusaciones que se le imputa, relacionado con el derecho a acogerse al silencio (Arregui Acosta, 2019).

Esta manifestación de la presunción de inocencia lo erige como la piedra angular que determina los renglones generales de cómo debe ser conducido el procedimiento probatorio y fundamenta los elementos característicos que debe aglutinar cada uno de los medios de prueba, para finalmente servir de sustento válido ante una eventual sentencia condenatoria, dicho esquema es una de las herencias más importante del derecho procesal penal liberal que supervive hasta nuestros días incólume el Tribunal Constitucional de España, destaca Gonzalo Miranda (2021), reconoce a los siguientes escenarios sine qua non para desvirtuar la presunción de inocencia:

“1.- que exista una mínima actividad probatoria;



UPSE

2.- *que la misma sea de cargo;*

3.- *que la actividad en tal sentido sea suministrada por la acusación (en la mayoría de ocasiones representada exclusivamente por el Ministerio Fiscal) quien tiene a su cargo la labor probatoria de la culpabilidad de la persona contra la que se dirige el procedimiento;*

4.- *que la prueba sea practicada en el juicio oral;*

5.- *que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales y los derechos fundamentales”.* (pág. 52)

Los requisitos reseñados *Ut Supra*, encuentran un vínculo relacional con la regla probatoria como la regla de juicio, y regulan toda la gestión de la actividad probatoria a lo largo de del proceso penal, de igual manera se establece una interconexión con otras reglas técnicas y garantías procesales como (prueba ilícita, ausencia de motivación), que en ocasiones se tiende a confundir con otros principios, sin embargo en la presente faceta de la presunción de inocencia le corresponde de manera esencial la carga de la prueba.

La carga de la prueba se encuentra presente desde el derecho romano con aquel aforismo que reza, *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat*, que significa que la acreditación de un hecho como verdadero, le corresponde por exclusivo a quien afirma y no quien lo niega, sin embargo, se distingue la carga de la prueba, en cuanto a la motivación que tiene el acusador en producir elementos probatorios a fin de eludir que se resuelve desfavorablemente a lo que pretende, y por otra parte se encuentra el impulso probatorio con el propósito de corroborar la veracidad de unos medios de prueba respecto de otros.

En este mismo orden de ideas, es menester poner de relieve que existen circunstancias de inversión de carga de la prueba, por ejemplo, en materia constitucional, donde el ofendido ante la vulneración de algún funcionario a cargo de una potestad del estado es el que debe demostrar su falta de responsabilidad de lo que se lo acusa que podría entenderse en el sentido de que menoscaba la presunción de inocencia, otro hecho análogo podría ser el delito de calumnias que exonera de culpas que pruebe lo que afirma.

En definitiva, la regla probatoria se encuentra relacionada con la legitimidad de la que debe estar investida la actividad probatoria, distribuyendo la carga de la prueba, por lo tanto, su elemento constitutivo de la valoración de elementos probatorios antes de la sentencia.



1.2.1.3. Presunción de Inocencia como Regla de Juicio

Luego de la etapa de examinación y valoración de las pruebas, la potestad jurisdiccional debe de proporcionar un resultado probatorio en la sentencia, a esta se adscribe la dimensión de regla de juicio de la presunción de inocencia.

Si bien en la práctica jurídica anglosajona se caracteriza por requerir plena convicción del operador de justicia, dilucidando para el efecto toda duda razonable con relación a la culpabilidad del procesado, por el contrario, en nuestro modelo de aplicación de presunción de inocencia, se debe de ejercer una actividad probatoria de cargo mínima, solo para establecer la existencia o no de trasgresión garantías constitucionales sobre la inocencia del acusado.

Sin embargo, si esta valoración probatoria a pesar de haber sido instrumentada con normalidad, persisten dudas en el juzgador respecto de los elementos probatorios practicados, debe inclinarse por la absolución del procesado en aplicación del *In Dubeo Pro Reo*, principio que encuentra vasos comunicantes con la presunción de inocencia como regla de juicio:

“Aunque ambos constituyen manifestaciones del principio genérico favor rei, cada uno de ellos opera hoy en circunstancias diversas, y esa evolución debe ser considerada un avance de su concepción para un mejor ejercicio de los derechos y un abandono del mero debate académico y conceptual que no aporte más que al plano teórico y al entretenimiento y alimento de los autores.

Así, la presunción de inocencia se corresponde a un criterio objetivo y el in dubio pro reo es netamente subjetivo -en el que incluso puede admitirse que el tribunal está llamado a dudar razonablemente en función de las pruebas existentes-, ya que alude a un estado de duda²¹⁰ y se vincula con los sistemas de valoración probatoria” (Gonzalo Miranda, La prisión provisional como pena anticipada, 2021, pág. 68).

1.2.1.4. Presunción de Inocencia como Regla de Trato

Es presente enfoque de la presunción de inocencia en tanto como derecho subjetivo del acusado implica la obligación imperiosa de la administración de tratar al procesado como inocente, por lo que esta faceta de la regla de trato, es la que exhibe mayor tensión con la prisión preventiva, por lo que se debe evitar se confunda en el tratamiento procesal al culpable con el imputado.



La presunción de inocencia en su dimensión de regla de trato al procesado, entiende a las medidas personales provisionales, como mecanismos cuya esencia es cautelar y preventiva, por lo que no tiene ningún fin represivo:

“Andrés Ibáñez sostiene que si el imputado debe ser tratado como si fuera inocente es porque, estando sometido a proceso, su culpabilidad no ha sido declarada por sentencia y, además, podría no llegar a declararse, prevaleciendo definitivamente la inocencia y que es ello por lo que Ferrajoli ha conceptuado a la presunción de inocencia como garantía, al mismo tiempo, de libertad y de verdad, encontrándose en estas posturas las más fuertes objeciones al uso y abuso de la prisión durante el proceso” (Gonzalo Miranda, La prisión provisional como pena anticipada, 2021).

Esta dispensa del acusado se considera que fenece con la sentencia de condenatoria en primera instancia, sin embargo, por otro parte muchos doctrinarios estiman que la cobertura de la presunción de inocencia persiste indemne hasta la ejecutoriedad la sentencia, pues a partir de allí un pronunciamiento judicial tiene consecuencias y se afianza.

1.2.2. Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares

La acción cautelar se encuentra integrada por el conjunto de medidas a disposición del operador de justicia, quien a petición de parte o por oficio se aplica ante un nuevo proceso o para uno comenzado con el propósito con la finalidad de establecer la culpabilidad con observancia al debido proceso.

El poder punitivo del Estado mediante la imposición de castigos de carácter penal a quien lesiona los bienes jurídicos tutelados, de esto se trata la punibilidad, la administración de penas, la aplicación de medida cautelares, las clases de penalidades y sus características distintivas, la cual se ejerce por medio de la potestad jurisdiccional guardando conformidad con determinadas reglas garantistas:

“(…) se propone que las medidas cautelares son disposiciones jurisdiccionales adecuadamente motivadas, dirigidas al sujeto procesado para restringir temporalmente sus derechos, cuya función primordial es asegurar la correcta resolución del proceso penal, sin que se vea frustrado por la posible ausencia del



sujeto pasivo del poder punitivo del Estado” (Gudiño Flores, 2020, pág. 15).

Estas herramientas jurisdiccionales conocidas como medidas cautelares, son asimilados como mecanismos que coadyuvan a garantizar el desarrollo adecuado de los procesos, así como finalmente asegurar el acatamiento y realización de la sentencia dictada por el juzgador, esta manifestación de los poderes público a través de los canales judiciales se considera una manifestación de la voluntad soberana del pueblo, uno de los elementos del Estado, para lo cual se debe establecer la verdad procesal acerca de la adecuación de la conducta del sujeto procesado en un comportamiento típico, anti jurídico y culpable, es decir, determina su responsabilidad ante un evento criminal.

El fin que persigue las medidas cautelares es el de asegurar la eficacia del proceso que se sustancia, en tal sentido estas pueden durar hasta la culminación, es decir, hasta la emisión del fallo, pues se encuentra ligado en tiempo a la duración proceso judicial, debido a su naturaleza previsional y provisional, por lo que carece de sentido que persistan los medios cautelares una vez existe la sentencia:

“Por regla general, las medidas cautelares buscan garantizar la eficacia del proceso judicial y en ese sentido están condicionadas a la duración de este. No tienen sentido una vez que ya se ha dictado sentencia. Por eso mismo, se dice que son temporales (...)” (Cervantes Valarezo, 2020).

La permanente inclinación de los operadores de justicia por optar de manera recurrente a la prevención, que a pesar de existir garantías procesales entorno a la excepcionalidad, en los hechos se tienda a sofocar la alarma social aplicando medidas preventivas desnaturalizando su alcance debido al interés social de satisfacer sus demandas de armonía y el temor a perder cohesión social.

En ese contexto, las medidas provisionales de cautela, son autorizaciones legales cuya utilidad en el proceso penal es la constreñir y limitar el ejercicio de derechos del acusado de un delito, que también tienen la capacidad de obrar sobre terceros, con la finalidad principal de asegurar el proceso de conformidad con las prescripciones de la ley penal y poder arribar a la genuina veracidad de los hechos (Vite Boloña, 2023).



El proceso penal es una sucesión de requisitos procesales que guardan conformidad con el paradigma acusatorio las cuales donde las medidas cautelares no se aplican de oficio por parte de los tribunales, sino que estas deben ser requeridas por los fiscales respetando la seguridad jurídica y el debido proceso nervios centrales del Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Las medidas cautelares pueden ser de dos tipos, medida cautelares reales, sobre el patrimonio del procesado o respecto de libreta personal ambulatoria, medidas cautelares personales.

Las medidas cautelares implican la intromisión de la potestad estatal en su dimensión jurisdiccional dentro del ámbito personal del sujeto pasivo del proceso penal, previo al establecimiento de responsabilidad y antes que de que haya alguna providencia jurisdiccional, Gudiño Flores considera que deben concurrir al menos dos supuestos para viabilizar la aplicación de medidas cautelares:

“1.- El fumus boni iuris, fumus delicti commisi o apariencia de buen derecho:

La apariencia de buen derecho representa la ajustabilidad del objeto del proceso penal bajo la figura de un delito, del cual un individuo es potencialmente responsable

2.- El periculum in mora o peligro en la demora:

En otras palabras, el periculum in mora demanda que exista una real posibilidad peligrosa de afectar el óptimo desenvolvimiento del proceso penal, a través de conductas indeseables por parte de los sujetos procesados” (Gudiño Flores, 2020, pág. 16).

En definitiva, los criterios para la habilitar la adopción de medidas provisionales de seguridad o conservación son, que se trate de un comportamiento criminal o delictivo, que sea el potencial autor de la infracción penal y que existan indicios verosímiles de querer eludir o impedir el adecuado desarrollo de proceso penal, en otras palabras, para que las medidas cautelares ordenadas por el operador de justicia no devengan en arbitrarias, deberán ser necesarias, legítimas y pertinentes.



1.2.2.1. Características de las Medidas Cautelares

Precisamente en aras de evitar caer en la arbitrariedad y que las medidas cautelares tengan la calidad de arbitrarias estas deben ser dispuestas por el juzgador respetando sus características las cuales se detallarán a continuación.

Las medidas cautelares, gozan de temporalidad, esto quiere decir, que ostentan un espacio de tiempo razonable cuya duración se encuentra determinada con especificidad, puede dejadas sin efecto mediante su revocación o alteradas mediante modificación según el arbitrio del juez, es decir que, por el mismo hecho de la temporalidad, las medidas cautelares tienen como rasgo distintivo su variabilidad pues estas se pueden modificar o cambiar de conformidad con los requerimientos procesales.

Las medidas cautelares obedecen a una lógica de excepcionalidad, no se puede aplicar a todas las circunstancias de infracción:

“Por otro lado, estas medidas únicamente deben ordenarse cuando sean forzosamente necesarias para garantizar la comparecencia del procesado. En el caso de la prisión preventiva, el carácter de excepcionalidad es especialmente importante ya que obedece a la ausencia de mecanismos alternativos eficientes para cumplir el mismo fin” (Gudiño Flores, 2020).

Otra de las características de las medidas cautelares es la jurisdiccionalidad, estas resoluciones provisionales restringen derechos, de tal manera que solo pueden ser dictadas por operadores de justicia que ejercicio de su potestad jurisdiccional gocen además de competencia, en paralelo resta decir que los jueces no tienen potestad para dictar medidas de precaución de oficio, pues a su vez debe existir solicitud de la fiscalía con antelación, único estamento autorizado para requerir la adopción de estos medios de conservación de los procesados penalmente.

Las medidas cautelares tienen un papel instrumental para las causas penales, por tal motivo esta es goza de accesoriedad pues solo pueden existir dentro de un proceso, es decir, que son dependiente de él en tiempo, pero también en el sentido de que solo justifican su existencia como medios para asegurar determinados fines procesales y decrecer los peligros de obstrucción al desenvolvimiento del proceso, carecen de una finalidad en sí mismas.



1.2.2.2. Principios Rectores de las Medidas Cautelares

El desarrollo célere de los procedimientos y diligencias del proceso, es un rasgo fundamental que opera como principio rector, se trata del principio de celeridad al que se debe las medidas cautelares, las cuales se encuentran sujetas a la temporalidad que se hizo mención en reglones precedentes.

Naturalmente, los procesos penales en general y las medidas cautelares en particular se encuentran sometidas a la legalidad un elemento de central que debe los jueces aplicar al dictar medidas cautelares es no extralimitar las estipulaciones legales, toda vez que, las medidas provisionales que pueden aplicarse son únicamente aquellas que han sido previstas en el ordenamiento jurídico para los procesos jurisdiccionales de esta índole, dentro del formato y modalidad prescrito, cumpliendo los requisitos establecidos y las acatando las circunstancias habilitadoras indicadas por la normativa con estricto apego y observancia, puesto que este tipo de medidas restringen derechos y se procura evitar que degeneren en abusos o arbitrariedades extra legales.

La razón original de las medidas cautelares es asegurar la comparecencia y la comunicación en el contexto de la bilateralidad de los procesos penales del juez con las partes procesales:

“En la normativa nacional, la existencia del principio de inmediación se justifica en la medida en que el sistema procesal es entendido como un medio para la realización de justicia, en el que el juzgador requiere la presencia de los sujetos procesales para celebrar la audiencia, evacuar los medios de prueba existentes y realizar los demás actos procesales necesarios” (Gudiño Flores, 2020, pág. 20).

La inmediación es un principio que funciona como la razón de ser misma de las medidas provisionales de aseguramiento.

Como se había mencionado previamente, la adopción de medidas cautelares tiene que responder a la pertinencia y exhibir una adecuación coherente, entre los medios y la finalidad que se persigue, es decir, debe instrumentarse la aplicación de medidas cautelares en función del principio de proporcionalidad, el cual busca establecer una relación de equilibrio entre el grado de violencia, la naturaleza cautelar y la medida que se dispone, teniendo como intención afectar lo menos posible los derechos y garantías esenciales del sujeto pasivo del proceso penal.



1.2.2.3. Clases de las Medidas Cautelares

Como consecuencia de la afectación o restricción que provocan al acusado, esta se encuentra de dividas en medidas cautelares reales o patrimoniales, y medidas cautelares personales o restrictivas de la libertad ambulatoria de la persona procesada.

A. Medidas Cautelares Patrimoniales

Las medidas cautelares reales, procuran garantizar los aspectos del proceso que pudieran suponer costos económicos, por lo que limitan la libertad de disponer de su patrimonio, su finalidad es la de costear los perjuicios derivados de la infracción cometida con las propiedades o bienes de la persona perpetradora de los delitos.

La Incautación

Esta medida se plantea la consecución de pruebas o evidencias por medio de la restricción al procesado de uso de su propiedad por propósitos investigativos, hasta que el operador de justicia emita la resolución definitiva que libere los bienes.

La Retención

Este mecanismo consiste en la congelación de cuentas de ahorro o corriente del acusado, hasta el monto de la reparación integral de la víctima del hecho delictivo o del costeo de multas.

El secuestro

Esta medida se caracteriza por permitir al juzgador proceder al despojo del dominio de algún bien inmueble o mueble de propiedad del acusado.

Prohibición de Enajenar

Los bienes de los que sea titular el procesado se encuentran impedidos de venta, poner le gravamen o cualquier otra forma de cambio de titularidad de manera general.

Clausura Temporal de Un Establecimiento

Consiste en la suspensión de las operaciones de una institución cuyos miembros están vinculados en proceso de investigación penal, de manera total o parcial.

B. Medidas Cautelares Personales

Este segmento de medidas provisionales de conservación, se encuentran orientadas con exclusividad hacia personas naturales, su finalidad es la garantizar la comparecencia del procesado a lo largo del todo el procesa penal, con el propósito de asegurar el acatamiento de la sanción penal



y el cumplimiento de las medidas de justicia restaurativa en favor de la víctima, a partir de la observancia del principio de inmediación al que se hizo referencia con anterioridad.

Prohibición de Salida del País

En este mecanismo cautelar las entidades y organismo involucrados con la supervisión y control migratorio del país, son notificados de la orden judicial para impedir emigrar a sujeto pasivo de un proceso penal, su intención es la de impedir que acusado eluda su responsabilidad presunta sobre un determinado hecho punible por el que se lo procesa.

Presentación Periódica Ante la Autoridad

Según lo disponga el operador de justicia, establece un cronograma de concurrencia de acuerdo a la periodicidad que estime el juzgador (diaria, semanal o mensual), en la que se presentará el acusado ante la institución y autoridad que disponga el magistrado que dicte la medida.

Arresto Domiciliario

En esta medida se dispone la restricción de la libertad de circulación o ambulatoria recluyendo al sujeto investigado en el lugar de su residencia donde habita, la cual de manera complementaria se ordena la colocación de grillete electrónico de manera forzosa para el procesado arrestado en su domicilio y, adicionalmente, bajo la supervisión de un agente del orden de la policía nacional.

Grillete Electrónico

El juez dispone la colocación en los tobillos del procesado de un dispositivo electrónico de geo localización

Detención

La captura por el lapso de 24 horas con propositivos de investigación a un presunto responsable o presunto vinculado con el cometimiento de un delito.

Se le socializa con el presunto delincuente todos sus derechos y garantías para efecto de rendir versión ante un fiscal, con la presencia y asistencia de un defensor público o defensor privado de su elección.

Prisión Preventiva

El apresamiento y restricción de la libertad ambulatoria a un sujeto pasivo de un proceso penal en curso que no cuenta todavía con sentencia condenatoria en la que se determina su



responsabilidad penal con la finalidad de garantizar su comparecencia a lo largo de la sustanciación del proceso a su culminación y que finalmente se cumpla la pena.

Resta mencionar que las medidas cautelares pueden solicitarse de manera conjunta uno o más de las arriba reseñadas, dado que su naturaleza no es necesariamente excluyente entre ellas un sujeto procesado puede ser objeto de una medida de concurrencia periódica a ante la autoridad designada, además de colocación de grillete electrónico y proscripción de salida del país.

1.2.3. Aproximaciones Dogmáticas a la Prisión Preventiva

Es parte del consenso general que el abuso de la prisión preventiva, representa una trasgresión a las prerrogativas esenciales y una vulneración al principio de presunción de inocencia, es por eso que la academia ha realizado toda clase de estudios a fin de delimitar su utilización sin que la prisión preventiva pierda su legitimidad.

En ese contexto existen diversas posturas con relación al arresto cautelar, por lo que conviene compendiar a breves rasgos las diversas posturas con respecto a las medidas provisionales de conservación a la luz de los diversos enfoques teóricos.

1.2.3.1. Enfoque Sustancialista de la Prisión Preventiva

Para esta perspectiva teórica, la prisión preventiva implica ineludiblemente una modalidad de pena anticipada, es decir, considera que la tensión entre presunción de inocencia y arresto cautelar es insalvable, puesto que supone ir en dirección contraria a las estipulaciones del bloque de constitucionalidad y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para esta orientación interpretativa la pena y la prisión preventiva no tiene mayor diferencia, la restricción de la libertad ambulatoria, sin embargo, la sentencia condenatoria ha establecido la culpabilidad y la prisión preventiva la anticipa sin haber logrado demostrar la, Tapia Ramos (2021), explica la esta incongruencia de restringir la libertad cuando esta se encuentra protegida por la presunción de inocencia:

“Si analizamos dicha postura, es absurdo que a una persona la priven de su libertad durante la investigación de un proceso penal, esa libertad, entendida como bien jurídico protegido, gozando de toda presunción de inocencia, por tantas condiciones que se pueden dar en la imputación de dicha persona, es inconcebible que se le imponga una



medida de seguridad tan coercitiva como la pena privación de la libertad, por el tipo de delito que cometió o por el daño causado, si eso todavía no se ha probado en el juicio, toda vez que esto incurre en una violación al principio de inocencia y el debido proceso, es por ello que se dice que carece de legitimidad y va contra preceptos constitucionales” (pág. 7).

Se estima que las concepciones penales, que catalogan al delincuente como enemigo de la sociedad, que con la imposición de medidas cautelares personales se contrarresta el auge delincencial, posturas alentadas por el funcionalismo, el populismo penal, la espectacularización y mediatización de la política criminal, lo cual ocasiona importantes regresiones al sistema penal acusatorio, degenerándolo en el derecho penal de autor y modalidades inquisitivas de persecución del delito, por la sensación de “debilidad” de la justicia penal, sino se vulnera los derechos de los procesados.

De igual manera, el sustancialismo considera este abuso exonera al otrora Ministerio Público, hoy Fiscalía, de su responsabilidad de justificar y evidenciar en que sustenta la necesidad de privar de la libertad al imputado en lo que va el proceso, dejando de lado cualquier circunstancia que, de manera legítima, se arguya de parte de la defensa en favor de preservar la libertad ambulatoria del acusado puesto que la norma se inclina por vulnerar la presunción de inocencia por default.

1.2.3.2. Enfoque Procesalista de la Prisión Preventiva

El sustancialismo como se ha explicado pone de relieve el carácter de excepcionalidad que debe ostentar las medidas cautelares personales que impliquen afectación al derecho a la libertad del presunto autor de una infracción penal, el planteamiento procesalista considera que se respeta la presunción de inocencia si la imposición de mecanismos provisionales de arresto cautelar se regula por medio de condicionantes que lo viabilizan por medio de requisitos respetando los siguientes principios: “interpretación restrictiva, proporcionalidad, judicialidad, provisionalidad, gradualidad y subsidiaridad en la aplicación” (Tapia Ramos , 2021, pág. 8).

Para ello debe concurrir dos circunstancias, de acuerdo a la postura del procesalismo respecto de la prisión preventiva, verosimilitud y peligro, es decir, cuando se hayan indicios convincentes con suficiencia sobre la participación en el hecho delictivo(verosimilitud) y por otra parte existe riesgo de retrasarse el proceso, puesto que hay elementos que sugieren que el imputado puede poner óbices o pretenda fugarse(peligro).



La prisión por prevención cautelar, es una medida de excepción que debe cumplir determinadas circunstancias o requisitos, en buen romance con el enfoque procesalista el cual es el que se ha incorporado en la mayoría de códigos procesales, el supuesto de base es que el peligro de fuga debe ser demostrado con suficiencia.

Sin perjuicio de lo antes dicho, autores de la talla como Ferrajoli, han manifestado que el riesgo de fuga se origina en buena medida, a partir de la alternativa de la prisión preventiva como alternativa cautelar en los procesos, la cual alienta a la fuga al procesado, una circunstancia de que sí es meritoria de mecanismos cautelares según este tratadista, se trata de la destrucción de pruebas para lo cual se considera que detención por fines investigativos dentro de las 24 horas o la privación de libertad en el domicilio del acusado por unos días, bastaría para efectuar la instrucción y recabar los elementos de convicción necesarios.

1.2.3.3. Enfoque Retribucionista de la Prisión Preventiva

La prisión preventiva no puede satisfacer deseos de venganza de la sociedad, en ese sentido esta medida cautelar no tiene un enfoque retributivo, de tal como que no se puede obviar el vínculo de funcionalidad existente entre la supresión de la libertad ambulatoria posterior a la sentencia condenatoria y la prisión transitoria cautelar, si esta privación de libertad responde a elementos retributivos, en otras palabras, desaprobación social y merecido, anticipa la culpabilidad sin demostrar, vulnera la presunción de inocencia, dice Mañalich (2007) un acto tiránico difícilmente justificable:

“el criterio de las convicciones generales es irrenunciable en una sociedad democrática en relación con todos los subsistemas de control social, y entre ellos el Derecho penal, como punto de referencia primordial en la selección de los bienes jurídicos a proteger. Pero este debe extender su potencial legitimador a la concreta configuración del sistema de atribución de responsabilidad plasmado en la teoría jurídica del delito”
(Gonzalo Miranda, La prisión provisional como pena anticipada, 2021, pág. 378).

El sistema penal debe estar encaminado hacia la atribución de responsabilidad, cualquier elemento vindicativo de la prisión provisional lo retrotrae al retribucionismo, a expensas de enervar el derecho a la presunción de inocencia o a la instrumentalización del ciudadano (pues es un presunto inocente hasta que se demuestro lo contrario) como medio para dar sensación de



seguridad ciudadana, la orientación de los procedimientos penales se debe orientar hacia la demostración de la responsabilidad.

1.2.3.4. Enfoque Prevencionista de la Prisión Preventiva

Para este enfoque se pretende convertir a la procesado en inocuo para la sociedad y apaciguar los temores de reiteración, es decir, que se asumen a la medida personal cautelar transitoria como una herramienta de control preventivo o de prevención general, que ofrece seguridad y un efecto intimidatorio frente a actos potencialmente delictivos, es decir que se hace coincidir a la prisión preventiva del presunto delincuente, estos es, todavía no demostrada su culpabilidad con la función preventiva de la pena.

Sin embargo, se ha realizado críticas a esta aplicación del arresto cautelar porque su finalidad se encuentra en entredicho toda vez que resulta difícil establecer a ciencia cierta en qué medida la eventual falta de acción o pasividad del Estado ante una presunta infracción penal influye en la intimidación de delincuentes en potencias o en la sensación de seguridad de los demás ciudadanos.

Es decir, que el curso de la opinión pública se encuentra afectado por otras condicionantes como aspectos subjetivos sobre la realidad vivencial particular de cada persona o el consumo de información que reciben la población en general a través del tiempo.

Un problema similar supone el arresto provisional y la prevención de peligros delictivos o prevención especial, puesto que parte de suponer la culpabilidad de presunto delincuente y asumir el riesgo de futuros eventos delictivos por la mera calidad de imputado sin necesidad alguna de constancia:

“En virtud del mismo se hace un juicio de prognosis en el que, partiendo de la conducta considerada probablemente delictiva que se le imputa a un individuo en el proceso y de las circunstancias del inculpado, se especula sobre cuál puede ser su conducta en un futuro inmediato”
(Gonzalo Miranda, 2021, pág. 416).

Es decir que la prevención general adolece del mismo pecado que la retribucionista en tanto que presupone responsabilidad sin haber conseguido por medio de los hechos revocar la presunción de inocencia, por lo que una detención provisional en el enfoque de prevención general



o especial desnaturaliza a este instituto en sus propósitos subsidiarios e instrumentales como medida cautelar.

1.3. Marco Legal

La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Luego de los dolorosos aprendizajes extraídos de los enfrentamientos bélicos sangrientos de la Segunda Guerra Mundial, con su exposición de barbarismo fratricida, en 1948 se propone a la sociedad del mundo un documento con el reconocimiento de una serie de criterios elementales para la dignidad.

Bajo el esquema de derechos, ligados a la condición de humanidad compartida por todos los individuos de la especie humana, dispuestos como un nuevo punto de partida para la civilización en la que se comprometieron los Estados a respetar (para alejarse de los excesos antes señalados) se erige la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con miras a instaurar un orden de libertad, la justicia y la paz en el mundo:

Con relación al procesado este instrumento internacional garantiza lo siguiente:

“Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 11

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa” (Asamblea General-ONU, 1948).

La presunción de inocencia se considera un derecho humano fundamental positivado en la norma interna de los Estado, que se vincula al con la necesidad de demostración de la responsabilidad en condiciones de tutela judicial que garantice una debida defensa.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Su entrada en vigor fue el 13 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo en esta carta de derechos se incluyeron derechos relativos a la autodeterminación de los pueblos, el respeto a la diversidad racional y su protección contra agresiones como la discriminación étnica, el derecho



a la identidad y elegir y ser elegido, disposiciones que se proponen para ser adecuadas en los ordenamientos jurídicos internos de los estados signatarios:

“Artículo 9 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. (...) 3. (...) La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Artículo 10 2. a) Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas;(...)” (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1966).

Además de reconocer el derecho a la libertad, este tratado internacional de derechos humanos, destaca y reconoce la regla de trato de la presunción de inocencia, que es establecer una diferenciación entre el condenado y el presunto delincuente y de igual manera el rasgo de excepcionalidad y de última ratio.

De igual manera se enfatiza su papel como herramienta de apoyo procesal para asegurar la concurrencia del imputado y hacer cumplir el fallo ante una eventual condena de ser el caso.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Elaborada en Roma en 1950 fue creado a partir de la Convención Europea de los Derechos Humano, por lo que son los Estados firmantes del viejo continente los que se encuentran vinculados a sus disposiciones, sin embargo, no deja de ser una referencia internacional en materia de respeto a los derechos de los procesados:

“Artículo 5 - Derecho a la libertad y a la seguridad

I. Todas las personas tienen derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie será privado de su libertad salvo en los siguientes casos y de acuerdo a un procedimiento prescrito por la ley:



a) *La detención legal de una persona después de su condena por un tribunal competente.*

b) *El arresto o detención legales de una persona por incumplir la orden legal de un tribunal o con el objeto de asegurar el cumplimiento de cualquier obligación prescrita por ley.*

c) *El arresto o detención legal de una persona efectuado con el propósito de presentarlo ante la autoridad legal competente bajo sospecha razonable de haber cometido una ofensa o cuando se considere razonablemente necesario para prevenir la realización de una infracción o la huida después de haberla cometido. (...)*” (Consejo de Europa, 1950).

Se reconoce la intromisión justificada del Estado así como la prevención especial de la detención cuando existen circunstancias razonables de riesgo de reiteración de nuevos delitos.

De igual manera, se destacan medidas alternativas a la prisión, la importancia de establecer pronto la legalidad de la detención y el derecho a reparación ante detenciones arbitrarias.

“Artículo 5 - Derecho a la libertad y a la seguridad

3. La puesta en libertad podrá estar condicionada por garantías de que se presentará al juicio.

4. Cualquier persona que sea privada de su libertad por arresto o detención tendrá derecho a entablar un proceso por el cual se decidirá puntualmente la legalidad de su arresto por un tribunal y se ordenará su puesta en libertad si la detención es ilegal.

5. Cualquier persona que haya sido víctima de arresto o detención contraviniendo las provisiones de este artículo tendrá derecho aplicable a compensación” (Consejo de Europa, 1950).

Implícitamente se reconoce el derecho a entablar una acción de Hábeas Corpus en el artículo 5 numeral 4 de la Convención de DD.HH. y libertades fundamentales.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

El Pacto de San José, el cual debe su nombre por el lugar en el que se suscribió (la capital de Costa Rica) el 22 de noviembre de 1969, es un instrumento multilateral de derechos humanos



nacido en el seno de la Organización de Estados Americanos también protege los derechos de las personas imputadas.

“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

Artículo 8. Garantías Judiciales

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” (Organización de los Estados Americanos, 1969).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)

Las reglas mínimas de Tokio alientan privilegiar las medidas no privativas de libertad con sentido hacia la mínima intervención penal, pero hasta niveles casi abolicionista de las penas, considera que estas deben promoverse tanto para sospechas de delitos como para sentenciados:

“2.3 A fin de asegurar una mayor flexibilidad, compatible con el tipo y la gravedad del delito, la personalidad y los antecedentes del delincuente y la protección de la sociedad, y evitar la aplicación innecesaria de la pena de prisión, el sistema de justicia penal establecerá una amplia serie de medidas no privativas de la libertad (...)

2.4 Se alentará y supervisará atentamente el establecimiento de nuevas medidas no privativas de la libertad y su aplicación se evaluará sistemáticamente.

2.6 Las medidas no privativas de la libertad serán utilizadas de acuerdo con el principio de mínima intervención” (Asamblea General , 1990).

Por nuestra parte creemos que la preferencia en la aplicación de no medidas privativas a los presuntos delincuentes se adecua más al sentido civilizatorio realista con las condiciones sociales.

Observación General No. 35 Comité de Derechos Humanos



El Artículo 9 acerca de la libertad y seguridad personales, de apartado IV acerca del control judicial de la reclusión en relación con la imputación de una acusación en el párrafo 37 expresa la importancia de revisar, cuando la dilación en el proceso de juicio se necesario se debe explorar alternativas distintas al encierro provisional: “*Cuando las demoras sean necesarias, el juez deberá volver a estudiar alternativas a la reclusión previa al juicio*” (Comité de Derechos Humanos-ONU, 2014).

Tribunal Constitucional de España

La más alta magistratura en materia constitucional de España, se refería, entre otras cosas, acerca de las características propias de la prisión preventiva como su papel excepcional e instrumental para el proceso pena, sin embargo en el párrafo 6 resalta la falta de pertinencia de invocar la alarma, por más reacción social que genere el tipo penal del sujeto que reclamaba la falta de justificación de su detención provisional, tienen intenciones ilegítimas respecto de los derechos fundamentales del procesado y desnaturaliza a la prisión preventiva:

“La búsqueda es estéril respecto del primero de los Autos, que se limita a precisar el sustento de la imputación y la legalidad de la medida, y a consignar, por remisión a un Auto anterior, la "evidente alarma social" que habrían originado los hechos investigados. En este dato de la alarma social insiste también, sin especificación alguna, el Auto de la Audiencia impugnado. Sin embargo, debemos señalar al respecto que esta invocación, al menos tal como se encuentra formulada, no contiene un fin constitucionalmente legítimo y congruente con la naturaleza de la prisión provisional. (...)

lo cierto es que la genérica alarma social presuntamente ocasionada por un delito constituye el contenido de un fin exclusivo de la pena -la prevención general- y, so pena de que su apaciguamiento corra el riesgo de ser precisamente alarmante por la quiebra de principios y garantías jurídicas fundamentales, presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad (...)” (Recurso de amparo núm. 829/96, don Javier Guerra Dapena, 1997).



Este mismo tribunal destaca que tanto las medidas cautelares personales y reales, gozan de variabilidad en tiempo por lo que se pueden modificar, pero resaltan que el paso del tiempo en la detención provisional incide en los criterios de permanencia de la medida cautelar:

“(...) ni la situación de prisión preventiva, ni la de libertad provisional, ni la cuantía de la fianza que permite acceder a la misma, constituyen situaciones jurídicas intangibles o consolidadas y por ello inmodificables (...) ‘los autos de prisión y libertad provisionales serán reformables durante todo el curso de la causa’. Dicho precepto faculta, indiscutiblemente, a los órganos judiciales a modificar una situación anterior (de prisión o de libertad) ‘cuantas veces sea procedente’ (...) Como recordábamos en la STC 66/1997, de 7 de abril, FJ 1, la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional ‘obliga a posibilitar en todo momento el replanteamiento procesal de la situación personal del imputado y, por así expresarlo, a relativizar o circunscribir el efecto de firmeza de las resoluciones judiciales al respecto con la integración del factor tiempo en el objeto del incidente’(...)”
(Recurso de amparo núm. 4941-2004, don Cevat Ertugrul, 2008).

El Tribunal Constitucional Alemán

Tribunal Constitucional Federal de Alemania (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT), en su sentencia, 2 BvR 2128/20, 3 de febrero de 2021, resalta la protección de los derechos del procesado a lo hora de decidir optar por la prisión preventiva, como un ejercicio de equilibrio entre el derecho de libertad y el juzgamiento penal eficaz, dejando el claro al preeminencia de la presunción de inocencia como derecho de los presuntos delincuentes con fundamento constitucional y en la Convención Europea, la detención provisional solo se encuentra habilitada como una excepción que se puede aplicar sin desentenderse de la debida proporcionalidad y sin demoras:

“Por lo tanto, al ordenar y mantener la detención preventiva debe tenerse siempre en cuenta la tensión entre el derecho del individuo a la libertad personal garantizado en el artículo 2.2 frase 2 de la Ley Fundamental y las necesidades indispensables de un enjuiciamiento penal eficaz. Debido a la presunción de inocencia, que tiene sus raíces en el principio del Estado de Derecho del artículo



20.3 de la Ley Fundamental y que también se subraya expresamente en el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (cf. BVerfGE 19, 342 <347>; 74, 358 <370 f.>), la privación de libertad de una persona que es meramente sospechosa de un delito penal sólo es permisible como excepción. En este contexto, las restricciones de la libertad que parecen necesarias y adecuadas desde el punto de vista de la acusación deben contrastarse con el derecho a la libertad del acusado que todavía no ha sido condenado definitivamente como medida correctiva, en virtud del cual el principio de proporcionalidad tiene una importancia decisiva (cf. BVerfGE 19, 342 <347>; 20, 45 <49 s.>; 36, 264 <270>; 53, 152 <158 s.>; BVerfGK 15, 474 <479>”) (Violación al Derecho a la Libertad y Garantías de la Prisión Preventiva, 2021).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Suárez Rosero Vs. Ecuador.

El fundamento de las garantías judiciales, es asegurar que se evidencie la real responsabilidad de un acusado o se descarta su participación en un evento delictivo, por lo que, la Corte IDH ratifica el papel informador del proceso penal el principio de presunción de inocencia, el papel del apresamiento provisional legitima su necesidad con los propósitos exclusivos de impedir la evasión de la justicia del procesado y afectar de esta manera el desarrollo de proceso, por lo que se ratifica la finalidad eminentemente cautelar de la medida de conservación y ajena de todo propósito punitivo:

“(...) De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva (...)” (Suárez Rosero Vs. Ecuador, 1997, pág. 23).

El párrafo 77 deja en claro que la presunción de inocencia es el propósito subyacente de las garantías judiciales, es decir, es decir que las garantías procesales buscan retirar la condición de inocencia bajo mecanismo que logren de manera genuina establecer la culpabilidad del acusado caso contrario descartar su responsabilidad.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Tibi vs. Ecuador



En este importante pronunciamiento de la Corte IDH dimensiona lo que implica la calidad de última ratio de la medida cautelar de privación de libertad destacando su severidad respecto de un sujeto que ostenta la circunstancia de presunto delincuente, debido a esto su esencia opera por excepción teniendo en cuenta antes de ser impuesta, la necesidad, la proporcionalidad, la legalidad y por supuesto, la presunción de inocencia aun no revocada en el que persiste como imputado, pilares sobre los que se sostiene de manera indispensable una sociedad democrática para ser lo el párrafo 180 señala lo siguiente:

“Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos” (Daniel David Tibi y sus familiares, 2004, pág. 82).

Puede verificarse entonces, que la regla general, contraria a la práctica judicial, no es la prisión preventiva, esto constituye una anticipación de la pena, la duración de la medida de conservación cautelar afecta su legitimidad, por lo que debe tener un plazo congruente con los fines del proceso penal sin afectar las garantías del procesado.

De igual manera destaca en el párrafo 107 que se apresó a David Tibi sin que hubiera elementos de convicción o indicios que se pudieran catalogar con la suficiencia del caso para colegir responsabilidad o complicidad del acusado, de igual manera no se agotó la obligación de justificar la necesidad de la prisión preventiva de lo que se desprende en opinión de la Corte IDH el incumplimiento de parte del Estado ecuatoriano del articulado 7 número 3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.



Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Acosta Calderón vs. Ecuador

En este caso la Corte IDH explica el carácter ilegítimo de la prisión preventiva que se extiende más allá de lo razonable de manera arbitraria, pues la convierte en una sanción prematura impuesta sobre alguien que en los hechos no se ha establecido de manera fehaciente culpabilidad, con la grave afectación que la privación de libertad irregular implica al derecho a la libertad: *“Párrafo 77 La prolongación arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal de la persona a la que se le aplica esa medida”* (Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, 2005, págs. 25-26).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador

Es de gran importancia como la Corte IDH establece una frontera divisoria clara entre las finalidades de la pena y las que le competen a la prisión cautelar provisional, estableciendo de manera diáfana que es un despropósito atribuirle a la medida cautelar personal de prisión, un papel preventivo general o especial que es privativo de los fines propios de la pena.

En tal sentido, se enfatiza que para que el carácter modificable de la restricción cautelar ambulatoria funcione como debe, es menester la revisión periódica que dé cuenta de que los motivos y propósitos que justificaron la detención subsisten, y de ser lo contrario, revocar la medida sin necesidad que se necesario esperar a la culminación del proceso con la sentencia.

Los jueces, de acuerdo lo que establece la Corte IDH, deben hacer permanentemente un ejercicio de valoración acerca de la necesidad y proporcionalidad de continuar con la medida cautelar de privativa de libertad, por lo que si eventualmente dejan desaparecer estas dos condiciones de necesidad y proporcionalidad se disponga restauración de la libertad del procesado.

El papel del Estado, señala la Corte IDH no es invertir el papel de sistema acusatorio, apresando para luego indagar sobre la responsabilidad sino por el contrario, es cuando tengan los elementos indiciarios suficientes que debe prevalecerse de la prisión preventiva para llevar a juicio al sospechoso, pues solo entonces es razonable suponer la vinculación del procesado con un evento delincuencial (Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, 2007).

En nuestro criterio, más que lo razonable de su involucramiento en un echo criminal, es que, por el hecho de su probable vinculación delictiva, se convierte un obstructor del proceso, bien por fuga o intención de alteración de pruebas.



Constitución de la República del Ecuador

La Carta Magna propugna la constitucionalización de un catálogo de derechos esenciales y enarbola un conjunto de principios que constituyen los fundamentos basales que de manera interdependiente dan sostén al sistema jurídico con perspectiva pro homine: “*Título I, Elementos constitutivos del Estado, artículo 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia (...)*” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 8), este es el alcance del modelo de Estado instituido por la Constitución donde el fin de la acción pública son los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Este se ratifica cuando el Estado ecuatoriano reitera que su existencia se justifica como un garante de la realización de los derechos constitucionalmente reconocidos compromiso estatal que se condensa en el articulado 11 número 9 de la Norma Suprema: “*El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución (...)*” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 12).

En apartado de los derechos de libertad, la Constitución reconoce el derecho a la igualdad formal ante la ley, sin embargo, los imputados a pesar de concurrir en ellos el derecho a la presunción de inocencia, la aplicación desnaturalizada de la prisión preventiva desconoce esta prerrogativa del imputado como sujeto aún inocente, en tal sentido reza la Ley Fundamental lo siguiente: “*Capítulo IV Derechos de Libertad, artículo 66 numeral 4.- Derecho a la igual formal, igualdad material y no discriminación*” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 32).

La Carta de Montecristi reconoce el derecho al acceso eficaz a la justicia representado por el derecho a una tutela judicial efectiva, la indefensión se encuentra proscrita y esta tutela jurisdiccional obedece a principios de celeridad e inmediatez:

“Título II Derechos, Capítulo VIII Derechos de Protección, el artículo 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediatez y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 37).

Como parte de las garantías del debido proceso se reconoce la importancia de que los depositarios de la potestad estatal administrativa y jurisdiccional deben asegurar la realización, acatamiento y observancia de los derechos de los titulares que se encuentre involucrados como



partes procesales de litigio o donde se resuelva acerca de cuestiones que incumben a sus prerrogativas fundamentales y le imponen obligaciones:

“Art. 76, Numeral 1 .- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes” (Asamblea Constituyente, 2008).

En numeral 3 del mismo artículo establece la garantía “*nullum crimen nulla poena sine lege*”, la tipificación antecede a la sanción y el juzgamiento legítimo solo puede ser instrumentado por una autoridad que ostente de manera válida la competencia y la ejerza con apego irrestricto al procedimiento, este artículo se complementa con el numeral 7 literal k, el cual estipula los alcances del derecho a la defensa de los sujetos procesados se encontrará protegido por garantías de contar con un juez imparcial e independiente.

Por su parte del numeral 2 del artículo 76 de la Constitución del Ecuador establece: “*2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Asamblea Constituyente, 2008, pág. 37).*

Nuestra Carta Fundamental determina la naturaleza de la detención previsiva como una herramienta excepcional para asegurar la concurrencia del procesado como un requisito para la que las víctimas cuenta con justicia oportuna:

“Art. 77.- 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 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”.

La sentencia debe ser escrita, nadie se puede restringido de su libertad ambulatoria sin contar con formula de juicio, a menos que se trata de una flagrancia hasta por 24 horas.



De igual manera manifiesta el numeral 9 del mismo artículo que no se podrá prolongar más allá de 6 meses para delitos con pena de prisión y un año para delitos con pena de reclusión, delimitando el plazo razonable para ser juzgado.

La Corte Constitucional ha ratificado este principio de modificabilidad de la detención preventiva, manifestando en su sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados, que los privados de libertad por motivo de detención preventiva legítima y legal no se encuentra suspendido su derecho a la integridad, por lo que, si verifica vulneración a este derecho, dicha violación de derechos es susceptible de habeas corpus donde el juez puede dictar la libertad, el juez principal de la casa penal materia del dictamen de prisión preventiva suspendido, podrá revocar la medida o sustituirla.

Código Orgánico Integral Penal

Las medidas cautelares en general según lo manifestado por el artículo 519 tienen por la finalidad las siguientes:

“Art. 519.- La o el juzgador podrá ordenar una o varias medidas cautelares y de protección previstas en este Código con el fin de:

1. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.

2. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.

3. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción” (Asamblea Nacional, 2014, pág. 201).

Es menester recalcar que estas finalidades previstas en los numerales 1, 3, 4, no aplican para la prisión preventiva, la cual tiene dos finalidades específicas como medida cautelar según lo recoge el artículo 534 del COIP: *“Art. 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena(...)”* (Asamblea Nacional, 2014, pág. 206).

El artículo 520 a pesar de su nombre no trata sobre la procedencia de la detención cautelar, sino que explica los requisitos para que procede la solicitud, este hecho se cree que origina equivocaciones en las audiencias de flagrancia, son requisitos de procedencia para la solicitud:



- a. Solo se puede ordenar prisión preventiva como medida cautelar cuando el delito en cuestión sea uno acción pública.
- b. Solicitud fundamentada por el fiscal, caso contrario no procede la solicitud y, por ende, no se concederá la prisión preventiva. Se entiende que la sustentación del fiscal debe fundar su pedido demostrando la concurrencia de elementos materiales que habilitan la prisión preventiva de manera coherente, hechos se deben de encuadrar con los supuestos de ley recogidos en el artículo 534 del COIP.
- c. La resolución motivada del juez con respecto de la solicitud de la fiscal sobre la medida cautelar de prisión.

Por lo que es fundamental la exhibición de los hechos por parte del fiscal, con el respectivo ejercicio de fundamentación mediante subsunción y por su parte el juez haga una valoración de la proporcionalidad, la necesidad y esta se concreta en una motivación

Capítulo II

2.1. Diseño de la Investigación

La orientación del presente aporte de investigación, acerca de las tensiones entre el aseguramiento de prerrogativas fundamentales al sujeto pasivo del proceso penal bajo la cobertura garantista de la presunción de inocencia y la aplicación indiscriminada del apresamiento preventivo por lo que se acomete un proceso de investigación de vocación cualitativa respecto de la erosión que supone el abuso de la prisión preventiva a un sistema penal garantista como el nuestro.

Este modelo de investigación pretende establecer las características de la institución jurídica de la prisión preventiva a fin de establecer su Estado del Arte a través la revisión pormenorizada de sus cualidades jurídicas en la doctrina y dentro de nuestro ordenamiento jurídico (Gómez, 2021).

Para el esquema cualitativo se hace necesario establecer los pilares en los que descansa detención cautelar a fin de establecer su orientación teleológica (sus fines) para el adecuado desarrollo del proceso penal, y establecer una delimitación, lógica, conceptual y doctrinal entre ésta y la pena como sanción (Haro Sarabia, 2021), para de este modo dilucidar las implicaciones desfavorables a la constitucionalización de los derechos ocasionada por la desnaturalización de arresto transitorio con fines de investigación en el marco de un proceso penal



Con tales propósitos se plantea el presente trabajo académico entender el alcance de esta medida cautelar a fin de identificar con precisión su carácter previsional y provisional a partir de un examen de su esencia dogmática vinculada a la presunción de inocencia como principio, como derecho y como garantía procesal de importancia trascendental e indispensable para las sociedades democráticas, es decir, su vinculación cardinal con sistema garantista.

Sobre las perspectivas del paradigma cualitativo de la investigación jurídica, Nizama y Nizama (2020), explican que esta esquema instrumentaliza la descripción a toda vez que procura reconocer las piezas constitutivas de un determinado hecho de relevancia jurídica estableciendo su relación de interdependencia mutua entre las diversas facetas del fenómeno estudiado.

La revisión detallada de las identidades doctrinarias, es decir, las cualidades de la prisión preventiva en la cultura jurídica occidental, su alcances en los instrumentos internacionales de derechos humanos y la manera en la que se ha desarrollado en la jurisprudencia supranacional de esto modelo cualitativos, nos permiten alcanzar una gran profundidad, por lo que se evidencia la relación de multidireccional del modelo cualitativo de la investigación jurídica, en virtud de esta interacción y retroalimentación entre el problema de investigación y la curso investigativo que ponen de relieve el proceso circular que toma la investigación bajo este paradigma (De la Fuente Alonso, 2019).

Mediante la profundidad y delimitación teórica que permite sistema cualitativo en la investigación jurídica en el presente trabajo de investigación se han planteado esclarecer las disconformidades entre las garantías del plexo de constitucionalidad relativos a la presunción de inocencia y los nudos críticos que enervan su efectividad ante los rezagos inquisitivos en la praxis penal en nuestro país.

La justicia penal como herramienta de control social goza de un lugar privilegiado de importancia para mantener la cohesión social, en tal virtud, la regulación del poder punitivo del Estado representa un complejo juego de equilibrio entre aspecto de naturaleza eminentemente jurídico, es decir que el tipo de investigación es pura de derecho, no es menos cierto que igual medida tiene una implicación social que finalmente guarda relación con la aplicación del sistema normativo.

Esta tipología o alcance investigativo de un trabajo académico se conoce como trialismo jurídico, pues se trata de un enfoque integrador del estudio de los problemas jurídicos, vistos a partir de las dimensiones involucradas, valores, normas y sujetos de derechos, y analizar su



entrecruzamiento, a fin de optimizar la gobernanza y las prestaciones públicas a través de los canales jurisdiccionales, en favor de sus destinatarios (Orellana Sánchez & Ordoñez Montes, 2023).

Los problemas desde el modelo trialista, se suelen proponer siempre teniendo de en la vista su resultado, puede ser tales como:

- (I) La normativa es eficaz, pero desproporcionada;
- (II) La normativa es legítima, pero ineficaz;
- (III) La normativa es efectiva, pero disconforme;
- (IV) La normativa es formal, pero regresiva;
- (V) La normativa es progresiva; pero insuficiente;
- (VI) La normativa es justa, pero impracticable;

La prisión preventiva y la presunción de inocencia, puede ser disconforme de origen o disconforme por su aplicación desnaturalizada, por ende, tornarse en desproporcionada.

2.2. Método Particulares Investigación

Como puede colegirse, naturalmente uno de los métodos de los que se ha considerado para el desarrollo del presente trabajo consiste desde luego de un proceso analítico explicativo e interpretativo sobre a fin de poner de relieve la esencia de la prisión preventiva, las perspectivas de la presunción de inocencia y su instrumentación práctica.

Este método trasciende las descripciones y concatenación de conceptos, sino que a su vez se involucra con las causas y las consecuencias, así como las variables inmersas, en ese sentido, esta investigación pretende indagar acerca de las implicaciones del abuso de la prisión preventiva sobre el sistema de garantías, las cuales originen toda clase de vulneraciones a los imputados, sobre cargan al sistema penitenciaria y afectan la calidad del servicio judicial.

De igual manera se emplea la exégesis en estudio del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal relativo a la prisión preventiva, con el propósito de explicitar su perspectiva de aplicación en respeto de la presunción de inocencia y establecer las dificultades procesales que impiden aplicar medidas menos restrictivas al derecho de libertad.

En ese sentido, se propone hacer una revisión crítica del desarrollo que la jurisprudencia constitucional ha hecho del contenido y alcance del derecho a la presunción de inocencia, así como de los límites de la prisión preventiva, a efectos de establecer mecanismos oportunos de



supervisión dentro de las instancias jurisdiccionales que eleven el perfil de eficacia y cumplimiento de los operadores de justicia con miras identificar los obstáculos que impiden tratar a las medidas alternativas de prisión como la regla general y la prisión preventiva como un mecanismo extremo excepcional de vocación exclusivamente instrumental y subsidiaria, cuyo papel es subvenir al proceso penal de impedimentos a su desarrollo natural de parte del imputado y, de ser el caso, el cumplimiento de la pena.

2.3. Definición de Variables

Variables Independientes:

Presunción de Inocencia - Excepcionalidad de la Prisión Preventiva

Variables Dependientes:

Falta de Aplicación de Medidas Alternativas - Abuso de la Prisión Preventiva



Variables Independientes	Conceptualización	Dimensión	Ítems	Técnicas e Instrumentos
Presunción de Inocencia - Excepcionalidad de la Prisión Preventiva	-Garantía individual de los sujetos pasivos de un proceso penal en el cual, subyacen las demás garantías procesales, la cual compromete, entre otras cosas, a que los operadores de justicia respeten una regla de trato con los procesados. -Medida Cautelar Personal destinada a asegurar la presencia del imputado y evitar el retardo del proceso, así como ante una eventual condena, garantizar el cumplimiento de la pena	-Principio Informador del Proceso Penal	1	Técnica Bibliográfica Documental
		-Razón de ser de las Garantías Procesales	2	
		-Regla de Trato del Imputado	3	
		-Carácter Preventivo de la Medida Cautelar	4	
		- Necesidad	5	
		-Proporcionalidad	6	
		-Modificabilidad	7	
Variables Dependientes Falta de Aplicación de Medidas Alternativas - Abuso de la Prisión Preventiva	-Es la doctrina del Maximalismo Penal - Se trata de la privación de libertad como regla general	-Debilitamiento de las garantías procesales.	10	Contraste de Datos Estadísticas y Hallazgos Cualitativos
		-Populismo Penal, retribucionismo	11	
		-Evasión de responsabilidad de motivar.	12	
		-Falsa Atribución de Prevención General y Específica a la prisión preventiva.	13	
		-Juzgamiento anticipado.	14	
-Hacinamiento	15			

Operacionalización de Variables

CAPÍTULO III

3.1. Principales Hallazgos de la Investigación

La presunción de inocencia es una consagración principal la cual goza preeminencia de conformidad con el Artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos,



esto quiere decir, que restricción a la libertad ambulatoria es propia de los sujetos que han recibido sentencia condenatoria por una infracción penal y en aplicación de la mínima intervención penal posible.

Dicho esquema axiológico operan como cortapisas necesario para limitar a lo indispensable el ejercicio de la *ius puniendis* del Estado esto es la razón de base por lo que la esencia de la prisión cautelar es puramente excepcional, antes de la condena el procesado, como regla general debe permanecer en libertad, al respecto la Corte IDH, en su Resolución 1/08 la medida cautelar de privación de libertad se aplica constreñida a valores humanistas a partir de los cuales, se debe privilegiar siempre la interpretación más favorable para el procesado.

Es imperativo que los operadores de justicia den sustento, que, de manera diáfana y fundamentada, analizando caso por caso motiven adecuadamente la razones por las que estiman concurren los requisitos de procedencia para dictar medida provisional de prisión cautelar.

3.1.1. Abuso de la Prisión Preventiva

La Defensoría Pública del Ecuador realizó estudio relativos al uso y abuso de la prisión preventiva teniendo como resultados que de 24953 casos a nivel nacional extrajo la muestra representativa en función de las 24 provincias y de este modo establecer una tendencia (Krauth, 2018).

Alrededor de la tercera parte de los casos estudiados no terminaron con sentencia condenatoria a pesar de que se les impuso prisión preventiva, estas personas fueron al final declaradas inocentes, dejando en claro cómo se excede en el uso de esta medida cautelar (Krauth, 2018, pág. 111).

En el 92 por ciento de casos de ese universo estudiado, se soslayó su responsabilidad de fundamentar y motivar como lo determina el artículo 520 numeral 2 y 3 de Código Orgánico Integral Penal, de este modo tanto procesado como su defensa les era imposible conocer las razones por las cuales se había decidido dictar medida cautelar de prisión, inclusive Krauth (2018) señala que en 8 por ciento el operador de justicia se prevale del supuesto peligro de fuga sin motivar sus argumentos a partir de los hechos exhibidos y practicar el ejercicio de subsunción.

La jurisprudencia de la Corte IDH y los principios universales del derecho relaciones con la presunción de inocencia determinan que es el que imputa que debe de acreditar los hechos y la adecuación de la conducta del procesado a uno o varios tipos penales, sin embargo, de este la



investigación de la Defensoría Pública ecuatoriana arroja alarmantes resultados donde se evidencia que el 100 por ciento de los casos analizados, los operadores de justicia relegaron la carga de la prueba a la defensa del acusado.

Como se ha adelantado, la fundamentación de la solicitud del fiscal es parte de sus responsabilidades a la hora de requerir prisión preventiva y en contra partida el auto judicial debe de motivarse, apenas el 78 por ciento logró alguno de los requisitos prescritos en el artículo 534 del COIP, en otras palabras, la totalidad de los casos investigados no cumplió con la totalidad de requerimientos para solicitar prisión preventiva, los dictámenes judiciales no corrieron mejor suerte apenas 1 por ciento logró recoger más de la mitad de los requisitos de ley es decir que el 99 por ciento de los casos tendría la calidad de nulos según lo dispone la Constitución ante la falta de motivación (Krauth, 2018, pág. 113).

Una de los datos que dejan a la vista la indefensión que sufren los procesados, es que la defensoría pública en el 99 por ciento de los casos no se apelan las resoluciones de prisión preventiva, la interposición de recursos o apelaciones es una excepción que asciende apenas a 2 casos de 358, esto se debe a que los principios de proporcionalidad y necesidad de la prisión preventiva que el número 5 articulado 520 del COIP no suelen ser tomados en cuenta por los operadores de justicia a la hora de dictar la detención cautelar (Krauth, 2018, pág. 114).

Apenas el 5 por ciento de los casos observo la aplicación de la prisión preventiva como primera opción, que el 95 por ciento de los casos contrario a lo que manifiesta el artículo 77 numeral 1 de la Carta Magna (Krauth, 2018), dejan claro que la prisión preventiva es la regla general de igual manera, cuando si se optó por las medidas alternativas, se debió a los jueces rechazando el pedido de fiscales de la prisión en 17 casos, solo en dos casos de ellos se determinó falta de adecuación de la solicitud con los requisitos de fundamentación.

Estos aspectos vulneran las bases del sistema acusatorio que se sustenta en la separación entre acusador y juzgador principio procesal de imparcialidad artículo 5 número 19 y afecta al sistema adversarial artículo 5 numeral 13, dado que en apenas el 0,55 por ciento de los casos, el juez descartó la solicitud de prisión preventiva por falta de fundamentación, y se pudo verificar que fundamentar que tienden a solicitar prisión preventiva sin fundamentar y el uso excepcional de las medidas alternativas.

El Ministerio de Gobierno en 2021 ratifica los datos de la Defensoría Pública respecto del abuso de la prisión preventiva, en una participación en la Asamblea Nacional del Ecuador: “



Patricio Pazmiño Castillo (ex Ministro de gobierno manifestó que) *de las 38 693 personas privadas de libertad tienen sentencia 23 196 y están procesadas 14 377, lo que implica que el 37,15% de las personas privadas de libertad son procesadas y no sentenciadas*” Charry Dávalos et al. (2022, pág. 137).

3.1.2. Precedentes Jurisprudenciales

La Corte Constitucional en el año 2010 analiza factores basales que determinan el horizonte de aplicación de la prisión preventiva, Chancay y Flor (2023), se refieren a la sentencia 025-10-SIN-CC donde la corte manifiesta que:

“La prisión preventiva es una medida cautelar personal de carácter excepcional, temporal y provisional que se aplica en el marco de un proceso penal. Su finalidad es asegurar la presencia del imputado en el juicio, garantizar la eficacia del proceso penal y prevenir la comisión de nuevos delitos. Esta medida debe ser aplicada únicamente cuando se hayan agotado otras medidas menos restrictivas y siempre y cuando se cumplan los criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad (...) La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo” (pág. 10).

Este recurso de apoyo al proceso penal se concibe como una herramienta excepcional cuya habilitación se legitima exclusivamente en virtud de la necesidad de conseguir ciertos propósitos específicos contemplados por el bloque de constitucionalidad y las normas infraconstitucionales, por ende, la aplicación de este instrumento se encuentra subordinada a la verificación y cumplimiento de determinados presupuestos, evitando la automaticidad y sin eludir las conformidad con fines constitucionalmente válidos, especialmente lo que concierne a confundir pena y prisión preventiva:

“En concordancia con este estándar jurisprudencial, la Constitución contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional, pues el artículo 77 numeral 1 claramente dispone que la privación de la libertad no será la regla general. Además, la misma norma señala que la prisión preventiva tendrá los siguientes propósitos: (i) garantizar la comparecencia de la persona procesada,



(ii) *garantizar el derecho de las víctimas a “[...] una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones [...]”* y (iii) *“[...] asegurar el cumplimiento de la pena”*. Así, la finalidad constitucionalmente prevista para la prisión preventiva es clara y no está relacionada con un cumplimiento anticipado de la pena, en virtud de la garantía reconocida en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución, que establece la presunción de inocencia hasta que una sentencia o resolución ejecutoriada declare la responsabilidad de determinada persona. Adicionalmente, el referido artículo 77 numeral 1 determina que la prisión preventiva procede únicamente por orden judicial escrita y con apego a los casos, tiempo y formalidades establecidas legalmente” (Suspensión de plazos y términos en la emergencia sanitaria por COVID-19, 2020, pág. 15).

La Corte Constitucional resalta que hay un abuso de la prisión preventiva documentado, el cual refleja la crisis estructural de sistema de justicia penal, donde se destaca que más de la tercera parte de los apresados en los centros de Rehabilitación Social en 2021, son personas en prisión preventiva, un total de 14.377 personas el 38.26 por ciento, en tal sentido, señala la corte, es menester privilegiar otras medidas cautelares menos restrictivas del derecho a la libertad:

“En esa medida, las autoridades jurisdiccionales competentes están obligadas a dictar de forma prioritaria respecto a la prisión preventiva otras medidas que resulten más adecuadas, de conformidad con los principios de necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva. También los fiscales y defensores públicos deben desempeñar sus funciones considerando estos criterios. No obstante, conforme la información recibida, esta Corte evidencia con preocupación la inobservancia de las normas referidas y un abuso en el uso de la prisión preventiva que inciden en el incremento de la población carcelaria” (Integridad personal de personas privadas de libertad, 2021, pág. 17).

La Corte Constitucional destaca en el caso Sentencia 112-14-JH/21 explica que se debe elevar el perfil argumentativo cuando corresponda un proceso de jurisdicción intercultural, debiendo emplear mucho más rigor argumental para justificarse la prisión preventiva, cuando el proceso forma parte de los pueblos y nacionalidades originarias del Ecuador, a la vez reitera el



máximo órgano de justicia constitucional que en sintonía con los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos las deficiencias motivacionales para ordenar o continuar con la privación de libertad son violatorias de la Convención Americana de Derechos Humanos:

“Párrafo 153.- Este carácter intercultural del juicio, en efecto, es determinante para la justificación de la medida cautelar privativa de libertad para garantizar la comparecencia de los procesados a juicio, lo cual exige una carga argumentativa mayor justificando el uso de la prisión preventiva, teniendo en cuenta su pertenencia a una comunidad, pueblo o nacionalidad

Párrafo 136.- En esa línea, la Corte IDH ha señalado también que, ‘cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente para disponerla o mantenerla será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención’ (...)” (Revisión de garantías, 2021).

En cuanto a la aplicación de la prisión preventiva para adolescentes infractores, pero al mismo tiempo extrayendo aportes jurisprudenciales generales respecto de la medida cautelar de privación de libertad, la Corte Constitucional indica que agotado el espacio de tiempo permitido para confinamiento preventivo, y de no contar para entonces aún con sentencia condenatoria, le corresponde al detenido ser liberado de inmediato, sin existir excepción alguna que autorice a los operadores de justicia mantener apresada a al acusado, más tiempo del establecido como límite de la medida provisional de conservación:

“(...) para la fecha de resolución de la acción de habeas corpus en primera instancia (22 de julio de 2011) y segunda instancia (11 de agosto de 2011), quedaba pendiente de resolución el recurso de casación planteado por el adolescente. Por ende, el adolescente tenía derecho a ser considerado inocente y a que su medida socioeducativa no se ejecute hasta que no se resuelva su recurso de casación. Esto implica que, una vez concluido el tiempo de internamiento preventivo, el adolescente debía ser puesto en libertad inmediatamente” (Hábeas corpus respecto del internamiento preventivo de adolescentes, 2020, págs. 18-19).

Una de las sentencias que más aportes ha representado acerca de la prisión preventiva es sin duda el CASO No. 8-20-CN, en ella se decide declarar la inconstitucionalidad del artículo 536



del COIP que reza lo siguiente: “*en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, ni*”, que prohibía la adopción de medidas sustitutivas a la prisión preventiva, solo que haya incumplimiento la medida cautelar o ser reincidente, se tendrá como primera opción la prisión preventiva.

Para la jueza consultante esta disposición del COIP se encontraba en contradicción con lo previsto en el artículo 77 numeral 1 de la Carta Magna, la cual concibe a la medida privativa de libertad con fines cautelares o preventivos como la última opción, es decir, aplicable por excepción, por lo que el contenido de esta disposición constriñe el accionar de los operadores jurídicos que encauza cualquier análisis de la prisión preventiva supeditado siempre a los principio de necesidad y proporcionalidad en función de la noción de última ratio que impone el principio de intervención penal solo cuando es indispensable, de allí el contrasentido del artículo 536 que coartaba el alcance de la sustitución de medida cautelar para ciertos tipos de delitos, introduciendo por lo tanto nociones retribucionistas, prevención especial o general y juzgamiento anticipado de presuntos delincuentes.

Además, al reducir el campo de acción de la revisión de medidas cautelares para acusados de unos delitos y no para acusados de otros tipos de delitos, deviene en un tratado diferenciado ilegítimo, es decir, contraviene el contenido garantista del artículo 11 numeral 2 de la Ley Fundamental pues es discriminatorio.

El máximo órgano de justicia constitucional en el Ecuador, se refiere al carácter de modificabilidad que tienen las medidas cautelares de prisión y su lugar como herramienta de asistencia procesal, y no un fin en sí mismo:

“Párrafo 32. No obstante, junto al establecimiento de medidas cautelares, el COIP incorpora también la posibilidad de que estas puedan ser sustituidas, suspendidas o revocadas, pues -por su propia naturaleza- toda medida cautelar es de carácter instrumental, provisional y esencialmente mutable, lo que denota que estas pueden transformarse en otras si se modifican las circunstancias que inicialmente las fundamentaron y que, en definitiva, estas no pueden persistir si no subsisten los presupuestos que las justificaron.

Párrafo 33. Para el efecto, el artículo 521 del COIP permite que las partes soliciten la sustitución de las medidas cautelares ‘cuando concurran hechos nuevos que así lo justifiquen o se obtengan evidencias nuevas que acrediten hechos antes



no justificados’, siendo incluso posible que en virtud de su mutabilidad el juzgador dicte ‘una medida negada anteriormente’(...)’ (Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, 2021, pág. 7).

Si las circunstancias que motivaron la imposición de medida de prisión, se puede cambiar, la Corte Constitucional hace una reflexión importante de cómo se debe interpretar al artículo 77 numeral 9 de la Carta de Montecristi, dado que allí se habla plazo máximo, lo cual no quiere decir que se tiene que entender a este excepción de tiempo como mandatorio, y que por lo tanto no necesariamente es proporcional lo cual debe examinar el juez con su permanente examen de excepcionalidad a la prisión preventiva:

“Párrafo 47 (...) Sin embargo, aunque efectivamente existe un plazo máximo de la prisión preventiva, esto no implica que el máximo de tiempo de la prisión preventiva sea el proporcional para todos los casos, pues la restricción a la libertad del procesado puede tornarse arbitraria antes de que la prisión preventiva caduque dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Párrafo 48. De ahí que es preciso que la autoridad jurisdiccional continuamente pueda realizar una revisión de la prisión preventiva que verifique que la restricción a los derechos del procesado sigue siendo constitucionalmente admisible (...) (Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, 2021).

La sentencia No. 8-20-CN también nos legó importantes aportes desde sus participaciones en otras modalidades de votación, como la concurrente, donde el juez Ávila Santamaría, además de indicar estar de acuerdo con la jueza ponente Karla Andrade Quevedo, por lo que afirma con categoricidad, la Constitución hoy en vigencia, es garantista penal, sin embargo, los legisladores movidos por el populismo, tienden al funcionalismo, a pesar de que la Constitución no les ha dado discreción para dar le dirección al proceso penal como los plazca, sobre todo por los riesgos que implica abusar de las medidas cautelares, así lo refiere en el párrafo 13 y 14 del voto salvado:

“No podemos dejar de mencionar el contexto en Ecuador. En este país, privar de la libertad a una persona, por disponer una medida cautelar o una pena privativa de libertad, por el hacinamiento y las masacres de los últimos meses, significa someterla al riesgo de que signifique una medida



o pena que implica la muerte, estar sometido a un ambiente violento y a contar con servicios públicos básicos insuficientes, como la alimentación o la atención a la salud.

En este contexto, cualquier medida que evite que más personas sean privadas de libertad, a nivel legislativo, jurisdiccional o constitucional, significa salvar y proteger vida” (Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, 2021, pág. 17).

Santamaría va más allá dice que no adopción de mecanismo cautelar con prisión no puede ser un simple check list sin involucrase de fondo con las circunstancias específicas de cada caso, no puede ser un simple proceso aritmético basado en corroborar si se suman todos los requisitos formales, podría suceder que para ciertos casos existen maneras eficaces de garantizar los fines del proceso sin que para esto sea indispensable detener al acusado.

Una crítica interesante al respecto de la procedencia de la prisión preventiva son las normas de “facto” que se han impuestos y sus implicaciones discriminatorias así como clasistas, donde se vincula la valoración del riesgo de fuga al hecho de poseer o no, trabajo y empleo:

“Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que, si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo. La vida es difícil para la gente más excluida” (Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, 2021, pág. 18).

Respecto de la caducidad de la prisión preventiva señala la Sentencia N° 2505-19-EP/21, Que el vencimiento del plazo para mantener a una persona bajo medida provisional preventiva de prisión solo cuenta con un requerimiento y es el agotamiento del tiempo previsto por el artículo 77 numeral 9:



“38. La norma constitucional sobre la caducidad exige como único requisito el transcurso del tiempo. No es, pues, un requisito el contar con una sentencia condenatoria que no está en firme porque de este modo se burlaría el derecho a la libertad y a la presunción de inocencia” (No permanecer en prisión preventiva más allá del tiempo establecido, 2021).

No sobre el nivel de ejecutoriedad de una sentencia sino del agotamiento del plazo constitucional, uno elemento para que proceda la caducidad, irrespetar en es un error grave de la administración de justicia susceptible de reparación, con relación a la medida cautelar de privación de libertad dice la Corte Nacional de Justicia media que analizando la especificidad de las circunstancias examinadas por los operadores jurídicos, se aplica cuando no queda alternativa más que se útil y eficaz para la continuidad y cumplimiento de los fines procesales:

“Art. 1.- La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterios de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz” (Justificación de Prisión Preventiva, 2021).

De lo dicho se desprende, se debe de fundamentar la necesidad y utilidad de la restricción de libertad, si haber agotado esto, lo que procede es aplicar cualquier otra alternativa de aseguramiento de la presencia del procesado.

3.1.3. Alcance de la Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados

Para finalizar, la sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados que valiosas aportaciones desarrollando el contenido de la Integridad Personal como derecho, ampliando el horizonte de su perspectiva de aplicación en cuanto a la el respeto a la indemnidad física, psicológica, moral y sexual.

La Corte Constitucional insta a los operadores de justicia a adoptar mecanismos cautelares menos restrictivos del derecho a la libertad, entendiendo a la prisión preventiva como el último recurso procesal de conformidad con los principios: *“necesidad, gradualidad, razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta los fines del proceso, las particularidades del caso y la regla de la excepcionalidad de la prisión preventiva”* (Integridad personal de personas privadas de libertad, 2021); dejando en claro además, que esta obligación de obedecer estos criterios también



involucra a los defensores públicos y fiscales, no hacerlo implica un abuso señala corte, que entre otras cosas, ocasiona sobrepoblación carcelaria.

La Corte en pos de proteger la integridad de las personas de se encuentran bajo detención por medida cautelar o cumpliendo una pena, conceptualiza la noción de tortura, la crueldad y el trato degradante a efectos de consolidar el bloque de constitucionalidad con respecto a las garantías penales de las personas detenidas.

Establece una diferencia clara del abuso de derechos a una persona privada de libertad por cumplimiento de pena de la que en cambio se encuentra bajo prisión preventiva, determinando las reparaciones que se deben dar en caso de detención provisional legítima o ilegítima en el marco de una hábeas corpus, para el primero escenario cambio de medidas cautelares y para el segundo escenario se debe decretar la libertad, la cual podrá ser revocada o modificada por el juez del proceso penal que llevó a la detención al imputado.

Se ratifica la prohibición del aislamiento durante la privación de libertad, ni como supuesta intención de protección mucho menos como una medida de disciplinamiento por lo que la actividad de los agentes con respecto de las personas detenidas debe guiarse por el uso progresivo de la fuerza.

De igual manera, la Corte Constitucional proscribe la aplicación de excepciones a la posición de garante especial que rige al Estado y sus agentes de manera vinculante, por lo que este principio no se suspende por brotes de violencia y agresividad, llamados motines dentro de los lugares de privación de libertad en la que se encuentren confinados los detenidos.

Por lo que, a pesar de que la Corte reconoce, que el crecimiento exponencial de la privación de libertad, responde también el populismo punitivista que limitan la posibilidad de usar medidas alternativas no es menos cierto también que los fiscales y jueces, convierten a la prisión preventiva en la regla general.

3.2. Análisis y Discusión

El problema jurídico trata sobre las divergencias que surgen entre la aplicación de la justicia ordinaria y el esquema de garantismo penal al que se corresponde nuestro sistema jurídico, con relación a la aplicación de la prisión preventiva, los derechos de contenido fundamental no pueden ser restringidos en su alcance, situación a la que se ve enfrentado recurrentemente las personas procesadas.



De primera mano podemos analizar los problemas sustanciales de la prisión preventiva, existe una relación paradójica que pudiera entenderse mutuamente excluyente, entre la coexistencia de la libertad como derecho, la presunción de inocencia como principio y la supuesta legitimidad de la una medida cautelar como el apresamiento preventivo, es decir, que el principio de excepcionalidad(el cual en la realidad de la praxis judicial rara vez se respeta), no es suficiente para evitar la vulneración a la presunción de inocencia pues los requerimientos formales y materiales encuentran dificultades para ser instrumentados con lealtad a espíritu garantista de nuestro régimen jurídico.

Por lo que se puede discrepar con la legitimidad de la privación cautelar de libertad por los siguientes aspectos:

- (i) Porque la inconstitucionalidad insubsanable con el contenido jurídico de la presunción de inocencia y la aplicación de la prisión preventiva.
- (ii) Porque no existe justificación válida que permita legitimar privilegiar los fines del proceso por encima del derecho a la libertad de alguien que no ha sido demostrado culpable.
- (iii) Porque la intención de apresar tiene soterradas intenciones que van más allá de lo puramente previsional o cautelar, y esto es juzgar anticipadamente.
- (iv) La claudicación que representa aceptar que un (todavía) inocente sea encarcelado sin culpabilidad para necesidades procesales es una contradicción que puede justificar otras contradicciones.

De cualquier manera, inclusive si los principios y garantías para el proceso han sido objeto de regulaciones que guarden la debida conformidad con el plexo de constitucionalidad, es la discrecionalidad de los operadores de justicia por la que son proclives al uso excesivo, abusivo, desnaturalizador y vulnerador de la prisión preventiva.

El consenso de la doctrina, los exámenes a nuestro sistema de justicia y el concierto profesional dan cuenta de un uso desmesurado, por lo que es en este sector que vale invertir toda nuestra atención y esfuerzos a efectos de contrarrestar esta práctica que socava los cimientos del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, la praxis defectuosa de la prisión preventiva desbloquea un nuevo nivel de contradicción con la presunción de inocencia como garantía de los sistemas democráticos.



En efecto, queda relegado a un papel secundario la discusión doctrinal acerca de las tensiones entre la prisión preventiva y la presunción inocencia, sea que se consideren superada vía principio de excepcionalidad procesal o no, por su incompatibilidad constitucional, el uso de la medida de apresamiento cautelar y su resultados en los hechos contradice todo intención civilizatoria, la divergencia entre la consagración garantista y el tratamiento procesal de los presuntos delincuentes es de dimensiones importantes.

Los abusos de la prisión preventiva tienen un efecto claro, agudizan la vulneración estructural de los derechos institucionalizada en un sistema de rehabilitación con una colección de deficiencias:

El protagonista de los problemas carcelarios, el hacinamiento, ocasiona la sobreexplotación de los escasos recursos penitenciarios, esto va desde el espacio físico hasta el personal encargado de la atención del centro de rehabilitación.

La provisión del servicio de salud y la seguridad interna de estos lugares devenidos en bodegas humanas para los indeseables, sometidas a los recortes neo liberales redoblan las dificultades que atraviesan las cárceles del país.

3.3. Propuestas de Solución

Fortalecer la independencia judicial es una herramienta indispensable para que estos como operadores jurídicos, aplican el marco de garantías procesales a fin de adecuar la adopción de medidas cautelares a los valores fundamentales que los rigen y sus requisitos de procedencia.

La Excepcionalidad, implica que la regla general es el juzgamiento de los imputados en libertad, y por excepción emplear mecanismo de aseguración del proceso restrictivos de libertad.

La Legalidad, la privación de libertad solo puede darse observando las formalidades normativas para hacerlo.

La Necesidad, verificar que la prisión preventiva se la única alternativa para asegurar el proceso.

La Proporcionalidad, consiste en establecer un equilibrio entre la finalidad que se procure y la medida preventiva elegida, cuidado de que el perjuicio a la restricción de libertad no resulte excesivo o desmesurado con relación a las ventajas obtenidas de aquella restricción.

La razonabilidad, implica la revisión continuada de la medida de prisión a fin de verificar si el tiempo de encierro preventivo sigue siendo razonable.



Este es el marco de principios que deben guiar al operador de justicia, por otro lado, se encuentra los requisitos de procedencia, peligro de fuga, riesgo de obstaculización de la investigación y motivación.

El gran impedimento es que los operadores de justicia requieren actuar en libertad, su principal obstáculo, la espectacularización de los hechos criminales por parte de los medios, en efecto, la irrupción invasiva de las opiniones si cualificación técnica y, por supuesto, el ambiente de hostilidad, desacreditación y descalificación de los jueces y fiscales esto contribuye condicionar la acción judicial hacia el punitivismo y la expansión del poder punitivo, es decir, obligan a la operadores a tomar decisiones regresivas del principio de mínima intervención penal so pena de sufrir el escarnio de la opinión pública.

Por lo tanto, para que los jueces pueden obrar bajo el marco axiológico y lo requisitos de procedencia de la prisión preventiva, deben establecer políticas públicas a fin de erradicar las prácticas de descrédito a los servidores judiciales.

Otro de los problemas que se advierten son las deficiencias en la defensa técnica que provee los servicios de defensa pública, los problemas en este estamento van desde la falta de una adecuada canalización de recursos por parte del Estado, una cultura de negligencia por falta de medición resultados y la falta de independencia, como habías dicho vulnera el derecho a la imparcialidad de los procesados.

Los defensores públicos deben contar con las garantías para su operación oportuna, en lo que respecta la actuación, presentación y producción de pruebas, por lo tanto, para que el servicio defensorial público cuente con la debida prioridad y efectividad, es importante que se permita la actuación de estos desde la aprehensión policial.

Las medidas alternativas, son consideradas la regla general en materia de medidas cautelares, sin embargo, la ausencia de producción de información relacionadas con calidad, frecuencia y garantía de la implementación de las medidas alternativas a la prisión, y el nulo seguimiento institucional demuestran la falta efectividad por lo que no se cuenta con datos que permitan examinar de manera confiable los resultados, es decir, se adolece de un sistema de control que mida la aplicación de la prisión preventiva, para identificar nudos críticos y por ende optimizar su aplicación.

Se requieren establecer un sistema de supervisión que monitoree el tratamiento que se le da en la administración de justicia a la presunción de inocencia, para que se produzca estadística



necesaria que permita establecer cuales estorbos a la prisión preventiva excepcional, necesaria, proporcional y razonable, a fin de proponer metas a corte, mediano y largo plazo que eleven el perfil garantista de institución jurídica y se contrarreste su desnaturalización.

Para esto es menester que se incluya dentro del clasificador del gasto público las asignaciones presupuestarias del caso, luego de que el Consejo de la Judicatura del Ecuador proponga, la creación de un departamento especializado en el análisis, estudio e investigación de la práctica jurisdiccional en lo que concierne a la instrumentación de las medidas cautelares personas privativas de libertad.

Conclusiones

En la presente investigación titulada, EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, ha sido posible establecer que la institución de la presunción de inocencia es un principio configurador del derecho procesal penal, que representan también un derecho de contenido fundamental para los sujetos pasivos del proceso penal y que opera como una regla procesal de trato que vincula a los operadores de justicia con la adecuación de su accionar respetando siempre el tratamiento de inocencia de los procesados.

La presunción de inocencia se encuentra presente como presupuesto elemental del derecho penal garantista, tanto en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia constitucional, en nuestra Constitución y las normas infraconstitucionales, por lo que la aplicación de confinamientos cautelar es un mecanismo excepcional que sirve para salvaguardar la continuidad del proceso penal, del peligro de fuga y de la obstaculización de la investigación.

Por lo tanto, la aplicación de la prisión preventiva es meramente instrumental, y se encuentra condicionada a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, por lo que esta medida tiene entre sus facetas la provisionalidad toda vez que, es de carácter mutable.

Se ha podido determinar que estos principios rectores para la aplicación de la prisión preventiva, son los únicos que permiten superar las contradicciones lógicas y axiológicas entre privación de libertad preventiva y la presunción de inocencia, de otro modo se torna gravemente lesiva al derecho de libertad, haciendo de la esta herramienta de aseguramiento de los fines procesales, en una pena anticipada sobre un inocente susceptibles de reparación.



En tal sentido, cualquier restricción de la prisión preventiva de orientación retribucionista, como medio de prevención general o especial constituyen una desnaturalización de la medida cautelar de prisión, que borra los límites entre esta y la aplicación de una pena.

La sentencia 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional reconoce el imperativo garantista de nuestro régimen jurídico, por lo que ni los legisladores ni los juzgadores puede desbordar su accionar de estos cauces pro homine que nuestra Constitución garantiza para los procesados como titulares de derechos y son de cumplimiento vinculante para los operadores de justicia.

Recomendaciones

Con respecto a los operadores de justicia, ha sido posible evidenciar en la presente investigación que en ellos surgen los principales obstáculos que tienen el respeto a la presunción de inocencia, por tales motivos, es menester fortalecer el servicio judicial, mediante la vigorización de la independencia de los jueces, la prohibición de las descalificaciones generalizadas y sin sustentos, la promoción del trabajo temprano de los defensores públicos desde la aprehensión de presuntos delincuentes y la provisión de recursos para el monitoreo, supervisión y aplicación de correctivos oportunos ante el abuso de la prisión preventiva.

Por lo que, se necesita la formulación de políticas públicas, tendientes a crear conciencia sobre la importancia para la sociedad y la complejidad de los servicios judiciales, urge por lo tanto aperturar espacios de educación y de pedagogía constitucional.

De igual manera, es menester de que se creen instancias de participación dentro de la supervisión en la aplicación de la prisión preventiva de activistas sociales, organismos privados especializados en derechos humanos y observatorios civiles a efectos de multiplicar esfuerzos, aprovechar potencialidades y reducir el impacto de costos, para satisfacer la urgencia del levantamiento de datos relativo al abuso de la prisión preventiva.

De igual manera, es urgente que se institucionaliza la utilización de dispositivos electrónicos de vigilancia y supervisión policial como medida cautelar preferente o principal, en aras de respetar el principio de excepcionalidad de la prisión preventiva.

De igual manera, se debe fomentar los mecanismos alternativos de restauración moral, económica, afectiva y psicológica entre las partes procesales para superar los problemas de excesivo uso a la prisión preventiva, que impacta desfavorablemente en los niveles de hacinamiento y la calidad de vida de las personas privadas de libertad.



Finalmente, se recomienda el involucramiento de la comunidad jurídica en la investigación, análisis crítico y activismo académico en aras de promover la abolición de los sistemas represivos, como meta civilizatoria en favor del progreso de la humanidad.

Bibliografía

- Asamblea General . (1990). *resolución 45/110*. Tokio: Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio).
- De la Fuente Alonso, A. (2019). *TÓPICOS DE METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA*. Veracruz: Instituto Interdisciplinario de Investigaciones y del Consejo Editorial de la Universidad de Xalapa. Obtenido de <https://www.uv.mx/mdhjc/files/2021/12/Topicos-de-Metodologia-de-la-Investigacion-Juridica.pdf>
- Alarcón Donayre, D. (2020). Presunción de inocencia ¿civil? Un análisis de las propuestas de Eduardo Da Fonseca y J. Harvie Wilkinson III. *Ius Inkarri*, 9(9), 349–371. doi:<https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v9n9.3691>
- Alonso Fernández, J. (2017). *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*. Barcelona: Universitat Internacional de Catalunya. Obtenido de tesisenred.net/bitstream/handle/10803/565609/Tesi_José_Antonio_Alonso_Fernández.pdf
- Angulo Salinas, J. (2022). *La prisión preventiva y su aplicación desmedida frente a la presunción de inocencia*. Lima: UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS. doi:<http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/2685>
- Arregui Acosta, J. (2019). *ACOGERSE AL SILENCIO: ¿AUTOINCRIMINACIÓN O PRESUNCIÓN DE INOCENCIA?* Quito: UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO. Obtenido de <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/8349/1/143021.pdf>
- Artiles Santana, J., Guerrero Burgos, E., & Ávila Reyes, J. (2021). *La prisión preventiva, presunción de inocencia y populismo penal*. Universidad San Gregorio de Portoviejo. doi:<http://repositorio.sangregorio.edu.ec/handle/123456789/2078>
- Asamblea Constituyente. (2008). *Registro Oficial 449*. Quito: Constitución de la República del Ecuador. Obtenido de <https://www.defensa.gob.ec/wp->



content/uploads/downloads/2021/02/Constitucion-de-la-Republica-del-Ecuador_act_ene-2021.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1966). *Resolución 2200 A (XXI)*. Nueva York: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=TjPhzgxe3L0&list=RDMMUoox9fpmDP0&index=27>

Asamblea General-ONU. (1948). *resolución 217 A (III)*. París: Declaración Universal de Derechos Humanos.

Asamblea Nacional. (2014). *Suplemento del Registro Oficial No. 180*. Quito: CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL.

Cardenas Garcia, J. (2017). *Del Estado absoluto al Estado Neoliberal*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México.

Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador, Serie C No. 129 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de junio de 2005). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf

Cervantes Valarezo, A. (2020). Las Medidas Cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Ruptura*, 171-210. doi:<https://doi.org/10.26807/rr.vi02.23>

Chancay Vélez, C., & Flor Suarez , J. (2023). *La Prisión Preventiva en el Ecuador y sus Estándares de Aplicación*. Portoviejo: Universidad Particular San Gregorio de Portoviejo. Obtenido de <http://repositorio.sangregorio.edu.ec/bitstream/123456789/3198/1/Articulo%20Cientifico-%20Cristina%20Yamileth%20Chancay%20Velez%20-Jean%20Pierre%20Flor%20Suarez..pdf>

Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, Serie C No. 170 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 21 de Noviembre de 2007). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf

Comité de Derechos Humanos-ONU. (2014). *Observación general núm. 35: CCPR/C/GC/35*. New York: Observaciones generales aprobadas por el Comité de Derechos Humanos. Obtenido de



UPSE

<https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPpRiCAqhKb7yhsrdB0H115979OVGGB%2BWPAXjdnG1mwFFfPYGIInfb%2F6T%2FcEItU4aXXbf9R9sTJ6cMJYwyokpa3KJrfeeI%2FZQYXipDWIuIYICWWSOVF54xiTO1>

Consejo de Europa. (1950). *4.XI*. Roma: Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Obtenido de https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf

da Fonte Carvalho, M., Monteiro Santana, V., & Charry Dávalos, J. (2022). Las penas perdidas: los nudos críticos del sistema carcelario en el Ecuador. *FORO Revista de Derecho*(37), 159-180. doi:<https://doi.org/10.32719/26312484.2022.37.8>

Daniel David Tibi y sus familiares, Serie C No. 114 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de Septiembre de 2004). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Dei Vecchi, D. (2015). La peligrosidad judicial: sobre la justificación de la premisa fáctica de la prisión preventiva en la decisión judicial y algunas críticas no tan frecuente. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*(115). Obtenido de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5190850>

Felices Mendoza, M. (2021). La presunción de inocencia en el sistema acusatorio. *Ius Inkarri*, 89–112. doi:<https://doi.org/10.31381/iusinkarri.v10n10.4637>

Ferrajoli, L. (2018). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (10ª ed.). Madrid: EDITORIAL TROTTA S.A. Obtenido de <https://www.trotta.es/libros/derecho-y-razon/9788498790467/>

Floría Hidalgo, M. (2002). DE LA FIDEIUSSIO ROMANO-JUSTINIANEA A LA FIANZA. *BOLETÍN DE LA FACULTAD DE DERECHO*(19), 79-93.

Gómez, H. (Septiembre de 13 de 2021). Breve historia de la prisión preventiva oficiosa. (C. y Nexos. Sociedad, Ed.) Ciudad de México, México. Obtenido de <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/breve-historia-de-la-prision-preventiva-oficiosa/>

Gonzalez Rodriguez, M. (2010). Recuerdos de ayer, preocupaciones de hoy. *REVISTA JURÍDICA DE LA UAM*(22), 223-246. Obtenido de <https://revistas.uam.es/revistajuridica/article/view/6010/6465>

Gonzalo Miranda, J. (2021). *La prisión provisional como pena anticipada*. Barcelona: Universitat de Barcelona. doi:<http://hdl.handle.net/10803/672290>



- Gonzalo Miranda, J. (2022). *Origen y críticas del fundamento cautelar de la prisión preventiva*. Pilar: Universidad Austral. doi:<https://rii.austral.edu.ar/handle/123456789/1977>
- Gudiño Flores, C. (2020). *La prisión preventiva en el delito flagrante en el Distrito Metropolitano de Quito durante el segundo semestre de 2019*. QUITO: Pontificia Universidad Católica del Ecuador. doi:<http://repositorio.puce.edu.ec/handle/22000/18557>
- Guerrero Salgado, E. (2018). Epistemología Constitucional en Ecuador: Fuentes formales del Derecho en la Corte Constitucional de Ecuador a 10 años de la Constitución de Montecrist. *Encuentro Latinoamericano de Metodología de las Ciencias Sociales*, 1-20. Obtenido de https://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.12653/ev.12653.pdf
- Hábeas corpus respecto del internamiento preventivo de adolescentes, Sentencia No. 207-11-JH/20 (Corte Constitucional 22 de julio de 2020). Obtenido de <https://www.dpe.gob.ec/wp-content/dpecomunicacion/public/sentencia-207-11-JH20-internamiento-adolescentes.pdf>
- Haro Sarabia, R. (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. Obtenido de 158-168
- Integridad personal de personas privadas de libertad, Sentencia No. 365-18-JH/21 y acumulados (Corte Constitucional 24 de marzo de 2021). Obtenido de defensoria.gob.ec/wp-content/uploads/2021/04/Corte-Constitucional-Sentencia-No-365-18-JH21.pdf
- Justificación de Prisión Preventiva, RESOLUCIÓN No. 14-2021 (CORTE NACIONAL 2021).
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública. Obtenido de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>
- Landívar Velasco, O. (2022). *Incidencia de la Medida Cautelar de Prisión Preventiva, en los Casos de Presunción del Delito de Receptación, art. 202 coip*. LA LIBERTAD: UNIVERSIDAD ESTATAL PENÍNSULA DE SANTA ELENA. Obtenido de <https://repositorio.upse.edu.ec/bitstream/46000/8823/1/UPSE-TDR-2022-0063.pdf>
- Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, Sentencia No. 8-20-CN/21 (Corte Constitucional 18 de agosto de 2021). Obtenido de https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf



- Moreno Nieves, J., & Morales Lucho, N. (7 de Marzo de 2021). La Propuesta de Código Procesal Penal Iberoamericano y su Influencia en el Derecho Procesal Penal Peruano. 1-25. Lima, Perú. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Proyecto-de-C%C3%B3digo-Iberoamericano-JMN-y-Nino-1.pdf>
- Nizama Valladolid, M., & Nizama Chávez, L. (2020). EL ENFOQUE CUALITATIVO EN LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA, PROYECTO DE INVESTIGACIÓN CUALITATIVA Y SEMINARIO DE TESIS. *Universidad de San Martín de Porres*, 2(38), 69-90. doi:<https://doi.org/10.24265/voxjuris.2020.v38n2.05>
- No permanecer en prisión preventiva más allá del tiempo establecido, No. 2505-19-EP/2 (Corte Constitucional 17 de noviembre de 2021). Obtenido de <https://www.funcionjudicial.gob.ec/www/pdf/sentencia%20cc%202505-19-EP.pdf>
- Oliver Olmo, P. (2000). *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*. Comunidad Foral de Navarra: Universidad del País Vasco - Euskal Herriko Unibertsitatea. doi:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=41538>
- Orellana Sánchez, J., & Ordoñez Montes, R. (2023). *Tratamiento de la Delincuencia Juvenil en la Criminología. Propuesta de Ley para Ecuador*. Guayaquil: Universidad de Guayaquil. doi:<http://repositorio.ug.edu.ec/handle/redug/69252>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). B-32. San José: Convención Americana sobre Derechos Humanos. Obtenido de <http://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>
- Pablo Mañalich, J. (2007). La pena como retribución. Segunda parte: la retribución como teoría del derecho penal. *Derecho Penal y Criminología*, 28(83), 75–120. doi:<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/969>
- Recurso de amparo núm. 4941-2004, don Cevat Ertugrul, SENTENCIA 66/2008 (Tribunal Constitucional de España 29 de mayo de 2008).
- Recurso de amparo núm. 829/96, don Javier Guerra Dapena, SENTENCIA 66/1997 (Tribunal Constitucional de España 28 de mayo de 1997). Obtenido de <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/3331>
- Revisión de garantías, Sentencia No. 112-14-JH/21 (Corte Constitucional 21 de julio de 2021). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3Ry



UPSE

YW1pdGUnLCB1dWlkOic3NWNiMTUyOC1hNDEyLTRkNTctYTRiZi1kMjMzYmE5
MTBIZDEucGRmJ30=

Riofrio Jinez, M. (2022). *El Abuso de la Prisión Preventiva frente a la Presunción de Inocencia en el Delito de Receptación en el Cantón Ambato – Tungurahua*. Ambato: UNIVERSIDAD REGIONAL AUTÓNOMA DE LOS ANDES. Obtenido de <https://dspace.uniandes.edu.ec/bitstream/123456789/14931/1/UA-DER-PDI-053-2022.pdf>

Rubio Hernández, H. (2012). LA PRISIÓN Reseña Histórica y Conceptual. *Ciencia Jurídica*, 1(2), 11-28. doi:<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4216857>

Suárez Rosero Vs. Ecuador, Serie C No. 35, Serie C No. 44, Serie C No. 51 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 12 de noviembre de 1997). Obtenido de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf

Suspensión de plazos y términos en la emergencia sanitaria por COVID-19, Sentencia No. 8-20-IA/20 (Corte Constitucional 5 de agosto de 2020). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUnLCB1dWlkOidiMGYzZjJhOC0zNjBjLTQwOTMtOWFhZC00MGJmY2ViMmEwOGEucGRmJ30=

Taboga, J. (2022). Recorriendo los procesos de reforma procesales penales. Perspectivas analíticas sobre la reconfiguración de la justicia penal en América Latina. *Delito y Sociedad*(53), 1-19. doi:<https://doi.org/10.14409/dys.2022.53.e0054>

Tapia Ramos , C. (2021). *El uso excesivo de la prisión preventiva y la falta de aplicación de otras medidas cautelares como origen del hacinamiento penitenciario en el Ecuador*. Quito: UNIVERSIDAD CENTRAL DEL ECUADO. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/25178/1/UCE-FJCPS-CD-TAPIA%20CAMILA.pdf>

Tolentino Penadillo, L. (2019). *DESNATURALIZACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y AFECTACIÓN DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, HUÁNUCO 2017*. HUÁNUCO: Universidad de Huancu. doi:<http://repositorio.udh.edu.pe/123456789/1762>



Vargas Vencedor, R. (2017). *La Prisión Preventiva Frente a la Presunción de Inocencia*. La Paz: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA SUR. Obtenido de <https://biblio.uabcs.mx/tesis/te3910.pdf>

Violación al Derecho a la Libertad y Garantías de la Prisión Preventiva, 2 BvR 2128/20 (BUNDESVERFASSUNGSGERICHT 3 de Febrero de 2021). Obtenido de https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/02/rk20210203_2bvr212820.html

Vite Boloña, J. (2023). *El abuso de la medida cautelar de prisión preventiva y sus incidencias en un proceso penal violenta la presunción de inocencia*. Guayaquil: Universidad Laica Vicente Rocafuerte de Guayaquil. doi:<http://repositorio.ulvr.edu.ec/handle/44000/6121>



ANEXOS 1.



INSTITUTO DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO SEGUNDA COHORTE						
CONTROL DE TUTORÍAS MODALIDAD DE TITULACIÓN: ENSAYO ACADÉMICO						
DATOS GENERALES						
Estudiante:	Abg. Jimmy Manuel Chuchuca Quintana	C.I. 0912325230	Telf. 0983262414	E-mail: jchuchuca74@hotmail.es		
Facultad:	Ciencias Sociales y de la Salud	Programa	Derecho	Cód. SNIESE:		
TEMA:	EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.					
Tutor:	Mgr. TANYA ROXANA TORRES CASTILLO	CI. 1103939490	Telf. 0967214024	E-mail: tanyatorrescastillo@gmail.com		
# total de horas de la Tutoría:	20 horas	Fecha de inicio:	17-04-2023	Resolución:		
REGISTRO DE TUTORÍAS						
Sesión	FECHA	ACTIVIDADES DE LA TUTORÍA	DURACIÓN		OBSERVACIONES Y TAREAS ASIGNADAS	TOTAL, DE HORAS
			INICIO	FIN		
1	19-04-2023	Tutoría	18:00	22:00	Después del análisis del Título, del tema de Investigación, se realizó una corrección, la misma que fue sustancial para orientar mejor la contextualización del problema.	4
2	04-05-2023	Tutoría	18:00	22:00	Una vez teniendo el Título de la Investigación, se procedió a crear el Sustento teórico, creando la base bibliográfica, que sustentara la parte de revisión literaria y jurídica	4

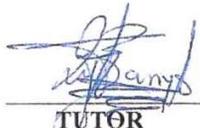


INSTITUTO DE POSGRADO

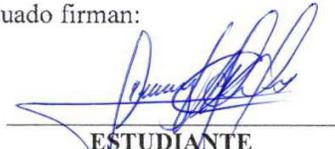
3	UPSE 27-05-2023	Tutoría	13:00	16:00	Se trabaja de acuerdo al método metodológico en el cual se va a utilizar dentro de la investigación, en los instrumentos como sentencias de la Corte Constitucional y otras normas aplicables a la investigación.	4
4	14-06-2023	Tutoría	18:00	22:00	Se analizan todas las informaciones obtenidas procediéndolas a incorporar en los títulos informaciones importantes que conllevaran a los respectivos análisis para luego concluir.	4
5	01-07-2023	Tutoría	13:00	16:00	Se procede a incorporar las conclusiones y recomendaciones de acuerdo a los análisis y lectura de cada una de las bibliografías, entrando a revisión por parte de la Tutora verificando que lo expuesto en este trabajo de investigación cumpla con las normas establecidas.	4
Total						20

Por la presente certifico que el Estudiante cumplió con el proceso de tutoría con el tema:
"EL ABUSO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU AFECTACIÓN A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA."

Para constancia de lo actuado firman:


TUTOR

Mgr. Tanya Roxana Torres Castillo


ESTUDIANTE

Abg. Jimmy Manuel Chuchuca Quintana



Anexos

Anexo 2. Plan de trabajo entre estudiante y tutor

ACTIVIDADES	MES	ABRIL				MAYO				JUNIO				JULIO
	DIA			17										7
	SEMANA	1ra	2da	3ra	4ta	1ra	2da	3ra	4ta	1ra	2da	3ra	4ta	1ra
ASPECTOS PRELIMINARES			X											
INTRODUCCIÓN				X										
CUERPO DEL TRABAJO DE TITULACIÓN					X									
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO						X	X							
CAPÍTULO II: MARCO METODOLÓGICO								X	X					
CAPÍTULO III: RESULTADOS Y DISCUSIÓN										X	X			
CONCLUSIONES											X	X		
RECOMENDACIONES													X	
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS													X	
ANEXOS Y REVISIÓN FINAL DEL TUTOR														X