

UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA DEL ECUADOR-UNIB.E

ESCUELA DE DERECHO



**ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DE
EXCEPCIONALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD, A LA LUZ DE LA
SENTENCIA NO. 8-20-CN/21 EMITIDA POR EL PLENO DE LA CORTE
CONSTITUCIONAL.**

Trabajo de Titulación para la obtención del Título de Abogado de los Juzgados y
Tribunales de la República.

Autor:

Cristhian Javier Moreno Moreno

Director del Trabajo de Titulación:

Xavier Donoso Gallegos, Mgtr.

Quito-Ecuador

Agosto, 2023

CARTA DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

Quito, 10 de agosto de 2023

Mgtr. Mayra Guerra

Directora de la Carrera de Derecho.

Universidad Iberoamericana del Ecuador

Presente. -

Yo, Mgtr. Xavier Donoso Gallegos, Director del Trabajo de Titulación realizado por el estudiante CRISTHIAN JAVIER MORENO MORENO de la carrera de DERECHO informo haber revisado el presente documento titulado ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD, A LA LUZ DE LA SENTENCIA NO. 8-20-CN/21 EMITIDA POR EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL, el mismo que se encuentra elaborado conforme al Reglamento de titulación, establecido por la UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA DEL ECUADOR, UNIB.E de Quito y el Manual de Estilo institucional; por lo tanto, autorizo su presentación final para los fines legales pertinentes.

En tal virtud autorizo a los señores a que concedan a realizar el anillado del trabajo de titulación y su entrega en la secretaria de la Escuela.

Atentamente,



Mgtr. Xavier Donoso Gallegos.

Director del Trabajo de Titulación

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

1. Yo, Cristhian Javier Moreno Moreno, declaro, en forma libre y voluntaria, que los criterios emitidos en el presente Trabajo de Titulación denominado: "ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD, A LA LUZ DE LA SENTENCIA NO. 8-20-CN/21 EMITIDA POR EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL", previa a la obtención del título profesional de Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República, en la Dirección de la Escuela de Derecho. Así como también los contenidos, ideas, análisis, conclusiones y propuestas son exclusiva responsabilidad de mi persona, como autor/a.
2. Declaro, igualmente, tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Universidad Iberoamericana del Ecuador, de conformidad con el **artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT**, en formato digital una copia del referido Trabajo de Titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública, respetando los derechos de autor.
3. Autorizo, finalmente, a la Universidad Iberoamericana del Ecuador a difundir a través del sitio web de la Biblioteca de la UNIB.E (Repositorio Institucional), el referido Trabajo de Titulación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad Iberoamericana del Ecuador.

Quito, DM., a los 10 días del mes de agosto de 2023



Cristhian Javier Moreno Moreno
Nº cédula: 0402015051

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía.

A mi esposa Karen, por ser mi compañera y mi apoyo fundamental en todo momento; sin duda, esto es de los dos. A mi madre por ser esa persona incondicional en todas las etapas de mi vida. A mi padre, pese a la distancia, el apoyo nunca fue insuficiente. A toda mi familia por todo el apoyo en esta etapa de mi vida.

Cristhian Javier Moreno Moreno

AGRADECIMIENTO

A la UNIB.E, por haberme permitido cumplir un objetivo más en mi vida profesional, al Mgtr. Xavier Donoso Gallegos, por ser mi tutor y guía en este trabajo investigativo, su vasto conocimiento en el derecho penal fue crucial para el desarrollo de esta investigación; a cada uno de los profesionales del derecho que han aportado con sus conocimientos para la culminación de este trabajo investigativo.

Cristhian Javier Moreno Moreno

ÍNDICE GENERAL

CARTA DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE TITULACIÓN	II
DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN	III
DEDICATORIA.....	IV
AGRADECIMIENTO.....	V
LISTA DE TABLAS Y GRÁFICOS.....	VIII
RESUMEN	IX
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	5
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	5
Objetivos de la Investigación	8
Justificación de la Investigación.....	9
CAPÍTULO II	11
MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO	11
Estudios previos o estado del arte	11
Jurisprudencia.....	13
Referentes Teóricos.....	16
Prisión Preventiva	16
Principios	17
Principio de excepcionalidad.....	17
Principio de necesidad.....	17
Principio de mínima intervención penal	18
Principio de proporcionalidad.....	18
La jurisprudencia.....	19
Referentes Legales.....	19
Constitución de la República del Ecuador (2008)	19
Pacto de San José Costa Rica	20
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	21
Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal (Reglas de Mallorca).....	21
Código Orgánico Integral Penal	22
CAPÍTULO III	24
METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.....	24
CAPÍTULO IV	28
RESULTADO	28

Contenido y alcance de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, en relación a la aplicación de la prisión preventiva.....	28
Contenido y alcance del principio de proporcionalidad.....	28
Contenido y alcance del principio de excepcionalidad.....	36
Contenido y alcance del principio de necesidad.....	43
Requisitos legales establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal para que se dicte prisión preventiva, con base a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad y el marco de lo dispuesto en la sentencia 8-20-CN/21, emitida por el pleno de la Corte Constitucional.....	50
Finalidad de la prisión preventiva.....	50
Requisitos normativos para ordenar la prisión preventiva.....	53
Análisis de los parámetros desarrollados en la sentencia No.8-20-CN/21.....	57
CAPÍTULO V.....	67
REFLEXIONES FINALES.....	67
Conclusiones.....	67
Reflexiones.....	68
BIBLIOGRAFÍA.....	71
ANEXOS.....	75

LISTA DE TABLAS Y GRÁFICOS

Tabla 1. <i>Cuadro comparativo de la reforma al artículo 534 del COIP, del principio de proporcionalidad.</i>	30
Tabla 2. <i>Ejemplo, aplicación del principio de proporcionalidad.</i>	34
Tabla 3. <i>Cuadro comparativo de la reforma al artículo 534 del COIP, del principio de excepcionalidad.</i>	38
Tabla 4. <i>Ejemplo, aplicación del principio de excepcionalidad.</i>	42
Tabla 5. <i>Cuadro comparativo de la reforma al artículo 534 del COIP, del principio de necesidad.</i>	45
Tabla 6. <i>Ejemplo, aplicación del principio de necesidad.</i>	49
Tabla 7. <i>Finalidades de la prisión preventiva.</i>	52
Tabla 8. <i>Requisitos para la aplicación de la prisión preventiva.</i>	55
Tabla 9. <i>Análisis relevante de los parámetros de la Sentencia 8-20-CN/21.</i>	58

Cristhian Javier Moreno Moreno. **ANÁLISIS DE LA PRISIÓN PREVENTIVA DESDE LOS PRINCIPIOS DE EXCEPCIONALIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD, A LA LUZ DE LA SENTENCIA NO. 8-20-CN/21 EMITIDA POR EL PLENO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.** Carera de Derecho. Universidad Iberoamericana del Ecuador. Quito Ecuador. Año. 2023. 100 (pp)

RESUMEN

La prisión preventiva en el Ecuador, sin duda, debe obedecer a los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y a la jurisprudencia reciente emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, es por ello que el objetivo de la presente investigación se enfoca en determinar si la normativa sobre la prisión preventiva cumple con los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad establecidos en la Sentencia No. 8-20-CN/21 y la jurisprudencia internacional relevante, para el desarrollo de esta investigación fue necesario en un primer momento asumir el paradigma metodológico dogmático por cuanto se basa en el estudio de la norma, la jurisprudencia y la doctrina, posteriormente desde la metodología asume un paradigma interpretativo, toda vez que se busca dar un significado a la norma referente a la prisión preventiva, desde un enfoque cualitativo, el mismo que se constituye sobre evidencias, para el correcto desarrollo de la presente investigación; posteriormente asume un diseño hermenéutico en vista que, desde los textos estudiados se determina el contenido y alcance los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, para ello, se hizo una revisión de varios documentos referentes a la prisión preventiva; se puede decir que estos documentos fueron analizados mediante una técnica y procedimiento para determinar los resultados, en los cuales se evidencia que los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, se enfocan en la protección de los derechos fundamentales en la aplicación de la prisión preventiva, mientras que las finalidades y los requisitos de la prisión preventiva deben aplicarse obedeciendo al alcance y contenido de dichos principios, todo esto, con la finalidad de que la prisión preventiva no se convierta en ilegítima o arbitraria como lo sostiene la sentencia de la Corte Constitucional, esto, conlleva a mencionar que si bien la normativa penal referente a la prisión preventiva, recoge los principios analizados, estos deben comprenderse y aplicarse desde la jurisprudencia nacional e internacional.

Palabras Clave: Prisión Preventiva, proporcionalidad, excepcionalidad, necesidad, Sentencia No. 8-20-CN/21, Corte Constitucional del Ecuador.

INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva comprende una medida cautelar que desde el campo jurídico a nivel nacional como internacional se considera una medida de *ultima ratio* o de última instancia, en razón que es una disposición legal de carácter excepcional, emitida por un juez cuyo objetivo es restringir el derecho a la libertad de una persona que está siendo procesada dentro de un proceso judicial; los juristas, llámese estos estudiosos del derecho, han catalogado dicha figura jurídica como una de las más severas, por cuanto, se priva de la libertad a una persona sin tener una sentencia condenatoria ejecutoriada, es decir, cuando una persona goza de la presunción de inocencia.

Por ello, en el Ecuador la prisión preventiva ha sido objeto de varias críticas desde el punto de vista jurídico y académico, esto en razón de la realidad social que vive el Ecuador por cuanto los índices de delincuencia son alarmantes y esto ha conllevado a que se castigue y se sancione de manera estricta el cometimiento de delitos; por otro lado los hacinamientos de las personas privadas de libertad, en los centros de rehabilitación social del país, son motivos de duros cuestionamientos toda vez que han ocurrido varias masacres por disputas entre bandas delincuenciales, consecuencia de ello varias personas privadas de libertad con medida cautelar de prisión preventiva han perdido la vida.

Es así que, las muertes de estas personas que estaban con prisión preventiva ocasionó que varias organizaciones defensoras de los derechos humanos, exijan al gobierno cambios en el sistema de rehabilitación social y también pidan al poder legislativo cambios en las normativas penales, toda vez que los órganos jurisdiccionales llámense estos jueces, fiscales y abogados públicos o privados no interpretaban bien la normativa penal, específicamente sobre lo que es la prisión preventiva y no comprendían bajo que parámetros se debe solicitar prisión preventiva, así como, no sabían identificar los requisitos para que se aplique la prisión preventiva y cuál es la finalidad de la misma.

En este contexto, desde el año 2021, los órganos de administración de justicia han venido trabajando en cambios en el sistema de rehabilitación social y sobre todo cambios normativos para la unificación de criterios sobre la prisión preventiva; tanto así que la Corte Constitucional del Ecuador como máximo organismo de

interpretación constitucional ha desarrollado varios precedentes jurisprudenciales en *pro* de los derechos de las personas privadas de libertad, creando así jurisprudencia de obligatorio cumplimiento para los jueces, fiscales y abogados defensores, sobre la prisión preventiva, y por otro lado la Corte Nacional de Justicia del Ecuador también ha trabajado en desarrollar jurisprudencia referente al tema que debe ser conocida y puesta en práctica por los órganos jurisdiccionales.

Ahora bien, es preciso y pertinente desde el punto de vista del derecho analizar los principios rectores sobre la prisión preventiva ya que el Ecuador en varias ocasiones ha sido condenado o sancionado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por la vulneración de derechos humanos en el uso de esta medida cautelar, siendo necesario recabar y conocer los precedentes jurisprudenciales y analizar cada criterio para contrarrestarlos con las disposiciones normativas que se encuentran establecidas en el Código Orgánico Integral Penal; esto ayudará a que los jueces y fiscales comprendan de manera clara el contenido de la norma y la jurisprudencia vinculante.

En la presente investigación el objetivo general, comprende determinar si la normativa sobre la prisión preventiva recoge y cumple los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad establecidos en la Sentencia No. 8-20-CN/21 y la jurisprudencia internacional relevante, puesto que es necesario identificar los preceptos legales establecidos en la sentencia para analizarlos de forma conjunta con la normativa penal específicamente con los requisitos para aplicar la prisión preventiva; para lo cual se aplica el paradigma jurídico-dogmático por el estudio de la jurisprudencia y la norma; consecuentemente desde el punto de vista metodológico se asume el paradigma interpretativo con un enfoque cualitativo para ello es necesario revisar textos normativos y finalmente aborda un diseño hermenéutico en razón que es necesario interpretar la jurisprudencia con las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para lo que se estructura el trabajo de investigación de la siguiente manera:

En el capítulo I, se aborda la problemática, en un primer momento señalando de manera general lo que comprende la prisión preventiva a la luz de los principios, deberes y garantías, haciendo una referencia que en los últimos tiempos dichas garantías han sido vulneradas por diferentes motivos, en el caso que nos ocupa es

por el uso indiscriminado de la prisión preventiva, por lo cual es necesario realizar un análisis jurisprudencial de los requisitos de dicha medida cautelar. En segundo momento, se aborda la normativa penal (Código Orgánico Integral Penal), específicamente los requisitos de la prisión preventiva, para finalmente abordar la jurisprudencia; identificando la pregunta que guiará la investigación y los objetivos tanto el general como los específicos.

En el capítulo II; por una parte se plasman trabajos previos sobre la prisión preventiva que son guía para la presente investigación, por otro lado se compone de referentes jurisprudenciales los cuales van hacer objeto de interpretación y finalmente los referentes teóricos y legales; el primero comprende el estudio de la doctrina referente a la prisión preventiva y el segundo referente a la normativa que comprende en bloque de constitucionalidad y la normativa interna; todo esto compone el marco teórico y jurídico para el desarrollo del presente trabajo, que serán parte fundamental para la interpretación sobre los parámetros de la prisión preventiva.

En cuanto a la metodología; en el Capítulo III se aborda la naturaleza de la investigación, para lo cual se abordará el trabajo desde el paradigma dogmático e interpretativo con un enfoque cualitativo por cuanto se realiza una exploración y comprensión de la jurisprudencia y de la normativa, dentro de un paradigma hermenéutico, toda vez que es necesario interpretar los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los conceptos dogmáticos sobre el uso de la prisión preventiva para contrarrestarlos con la normativa penal, específicamente con los requisitos para la aplicación de la prisión preventiva, para finalmente, poderlos analizar en un proceso adecuado y cumplir con los resultados de los objetivos propuestos.

En el capítulo IV, se plasman los resultados los cuales se componen del análisis de doctrina, normativa y jurisprudencial, donde se establece comprender en un primer momento el alcance y contenido de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad todo esto en relación a la prisión preventiva, por otro lado, en un segundo momento se aborda los requisitos y finalidades de la prisión preventiva establecidos en el Código Orgánico Integral Penal lo cuales se analizan en conjunto y finalmente, se analizan los parámetros emitidos en la Sentencia No. 8-20-

CN/21, los cuales constituyen un precedente jurisprudencial emitido por la Corte Constitucional del Ecuador.

Finalmente, en el capítulo V, se establecen las conclusiones, reflexiones y en el cual se da respuesta al objetivo general de la presente investigación estableciendo como primera conclusión que los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad actúan de forma concatenada y sistemática, en cuanto a la segunda conclusión se evidencia que las finalidades y requisitos de la prisión preventiva deben obedecer a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, por cuanto la prisión preventiva es una medida severa y extrema en el derecho penal. En cuanto a las reflexiones se plasman con la finalidad de incentivar la investigación, educación y políticas públicas referente al tema propuesto.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Es generalmente aceptado que el Derecho Penal busca regular y contener el poder punitivo del Estado, tanto en el ámbito sustantivo como adjetivo, como mecanismo de ultima ratio y en aplicación del principio de mínima intervención penal. En el ámbito del Derecho Procesal Penal, existe una institución procesal de carácter cautelar denominada prisión preventiva, que consiste en una medida que tiene como finalidad procesal garantizar la comparecencia del procesado al proceso, así como el cumplimiento de la pena, a través de la restricción del derecho a la libertad, conforme lo dispuesto por el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014) (en adelante COIP), que señala: “para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena (...)”. Esto haciendo referencia a las finalidades de la prisión preventiva.

Sin embargo, ante la garantía de la presunción de inocencia que gozan todas las personas, mientras no se declare su culpabilidad en sentencia firme y ejecutoriada, la restricción de la libertad, más aun tratándose de una medida cautelar, debe estar limitada a los casos estrictamente necesarios, y por tal motivo la misma, en el Ecuador, es excepcional.

No obstante, el Ecuador ha sido duramente cuestionado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos por el uso desproporcional de la prisión preventiva; ejemplificativamente se puede mencionar el caso Tibi Vs Ecuador, en el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la prisión preventiva impuesta al ciudadano Daniel Tibi resultó excesiva y prolongada, entrando en colisión con los criterios de necesidad y proporcionalidad, toda vez que se ven afectados los principios de legalidad, legítima defensa, presunción de inocencia y no autoincriminación (Caso Tibi Vs Ecuador, 2004).

Adicionalmente, en diciembre del año 2021, y en el contexto de la grave crisis penitenciaria que atraviesa el país, una comisión especial realizó una visita de trabajo en el Ecuador, cuyo informe temático fue publicado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; y en el que se establece que el uso de la prisión preventiva se contrapone a lo dispuesto en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la

República del Ecuador puesto que: la privación de la libertad no será la regla general (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022).

Es pertinente mencionar que, aunque la Constitución de la República del Ecuador (2008), señala en su artículo 77 numeral 1 que: “La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso(...)”, lo cual por el bloque de constitucionalidad y al amparo de lo contenido en la Guía Práctica para Reducir la Prisión Preventiva, emitida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), que señala: “Toda persona sometida a proceso penal debe ser juzgada en libertad, y sólo por vía de excepción puede ser privada de la libertad”. La privación de libertad será aplicada de forma excepcional, estas recomendaciones son de obligatorio cumplimiento para los Estados partes de la Organización de Estados Americanos del cual Ecuador es uno de los países adscritos.

Ante estos cuestionamientos, surge la necesidad de analizar la normativa nacional sobre la medida cautelar de prisión preventiva, desde los parámetros de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, desarrollados en la Sentencia número 8-20-CN/21 (2021), emitida por el pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, el 18 de agosto del 2021.

Para el efecto, es preciso considerar que para dictar prisión preventiva, deben cumplirse ciertos requisitos, que conforme al artículo 534 del COIP (2014) son:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.;
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.;
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.;
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

Respecto de estos requisitos y de manera general se puede entender por necesidad, a que el juzgador debe observar un riesgo procesal para que la medida cautelar privativa de la libertad sea justificable y cuando las otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del procesado; y, en cuanto a la proporcionalidad se refiere a que debe ser analizada y corresponder a la gravedad

del hecho imputado, la sanción penal que pudiera corresponder y las consecuencias del medio coercitivo adoptadas.

La Corte Nacional de Justicia del Ecuador, como máximo órgano de administración de justicia ordinaria, y para dar mayor claridad a la aplicación de la prisión preventiva, mediante Resolución número 14-2021 (2021), estableció que:

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.; Art. 2.- 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.; Art. 3.- La resolución de prisión preventiva debe estar motivada considerando los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y contendrá al menos: 1. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada, se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.; 2. Que los elementos aportados por Fiscalía, permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.; 3. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Para que se dicte prisión preventiva deben cumplirse estos presupuestos legales, que deben ser cumplidos de manera general por todos los órganos jurisdiccionales y operadores de justicia, llámense estos fiscales, jueces y abogados defensores tanto públicos como privados.

La Sentencia 8-20-CN/21 (2021), emitida por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, constituye un precedente jurisprudencial que ha establecido parámetros para la aplicación de la prisión preventiva, que deben ser puestos en práctica por los órganos jurisdiccionales; los cuales merecen ser analizados de forma dogmática y sistemática conforme la Constitución de la República del Ecuador, la Jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) y al Código Orgánico Integral Penal.

Adicionalmente es preciso indicar que, respecto del principio de excepcionalidad, la Corte Constitucional señala que la prisión preventiva cumple tres fines: garantizar la comparecencia de la persona procesada, garantizar el derecho de las víctimas a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones y asegurar el cumplimiento de la pena, por tal motivo, la Corte considera que la prisión preventiva no puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena, todo lo dicho en un contexto de última ratio, lo cual significa que no todos los casos debe resolverse con aplicar la

medida cautelar de prisión preventiva, sino con base a al principio de necesidad en el cual el juzgador debe preguntarse: ¿Es necesario aplicar la prisión preventiva en este caso?. ¿hay un peligro o riesgo procesal por cual el procesado pueda evadir su responsabilidad?

Esto conlleva a aplicar el principio de proporcionalidad, para ello la Corte Constitucional del Ecuador en la referida jurisprudencia, establece que no puede excederse de forma desproporcionada en el tiempo y que dicha medida cautelar debe mantenerse en constante revisión, es decir, a luz de los hechos o grados de participación debe ordenarse prisión preventiva o caso contrario dictarse una medida cautelar alternativa; y, que es obligación del juzgador revisar periódicamente la medida cautelar con efectos de determinar si se mantiene o debe decretarse la libertad.

Con la situación problemática expuesta es necesario preguntar:

¿Cómo la normativa nacional que regula la medida cautelar de prisión preventiva recoge y cumple los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad establecidos en la sentencia No. 8-20-CN/21 y la jurisprudencia internacional relevante?

Objetivos de la Investigación

Objetivo general:

Determinar si la normativa sobre la prisión preventiva cumple con los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad establecidos en la Sentencia No. 8-20-CN/21 y la jurisprudencia internacional relevante.

Objetivos específicos:

Comprender el alcance y contenido de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad desde la doctrina y los pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación a la aplicación de la prisión preventiva.

Analizar los requisitos legales establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal para que se dicte prisión preventiva, con base a los principios de

proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad y el marco de lo dispuesto en la Sentencia 8-20-CN/21, emitida por el pleno de la Corte Constitucional.

Justificación de la Investigación

La presente investigación, se enfoca en analizar los principios que regulan la prisión preventiva con base a la dogmática y lo dispuesto en la Sentencia No. 8-20-CN/21, emitida por la Corte Constitución del Ecuador, el 18 de agosto de 2021, así como en la jurisprudencia internacional relevante lo cuales merecen ser comprendidos desde el ámbito dogmático y jurisprudencial para posteriormente ser contrarrestados con la normativa penal, específicamente con el artículo 534 del COIP. Cabe señalar que la prisión preventiva al ser una medida cautelar que restringe el derecho a libertad debe ser observada y analizada desde los principios de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, para que dicha medida cautelar no se vuelva arbitraria.

Al señalar que la prisión preventiva es una medida cautelar que se aplica en un proceso judicial penal, es necesario hablar del Derecho Penal, el cual es el ente regulador del poder punitivo que tiene el Estado, por ello este busca garantizar principios y derechos y que el poder punitivo no se desborde y pueda vulnerar derechos en su aplicación. También es preciso indicar que prisión preventiva al restringir derechos, aborda los derechos humanos los cuales son parte fundamental de cada ser humano. Por lo que el estudio de la prisión preventiva promete brindar aportes en el campo académico, social y jurídico.

En lo académico, se puede mencionar que la investigación está enfocada en proporcionar información relevante a la Universidad Iberoamericana del Ecuador, por cuanto la prisión preventiva al ser una figura jurídica contemplada el COIP es motivo de estudio para la comunidad académica en la escuela de derecho, específicamente en las cátedras de Derecho Procesal Penal, para que los estudiantes conozcan el procedimiento y los criterios que deben considerarse cuando se aplique o no la prisión preventiva.

En el aspecto social, el estudio de la prisión preventiva es necesaria y pertinente para ampliar los conocimientos de la ciudadanía en general por cuanto nunca estamos exentos de un proceso judicial penal y por lo tanto es necesario identificar las disposiciones legales, asimismo es necesario para las organizaciones sociales de

derechos humanos, toda vez que estas combaten el abuso de la prisión preventiva en casos donde el poder punitivo del Estado ha tratado de restringir de forma arbitraria el derecho a la libertad de las personas sometidas a un proceso judicial.

Y finalmente, en el aspecto jurídico, es preciso señalar que la prisión preventiva es parte del derecho penal y de los derechos humanos por ende, el aporte al campo jurídico es indispensable toda vez que en la presente investigación se analizará los parámetros de excepcionalidad, proporcionalidad y necesidad con base a jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador y la CIDH, los cuales servirá para el fortalecimiento del conocimiento en los operadores de justicia tanto para la aplicación y el uso de la prisión preventiva.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO Y JURÍDICO

En palabras de Zamorano (2008), refiere que, el marco teórico consiste:

(...) en analizar y presentar las teorías que existen sobre el problema a investigar, también incluye los trabajos e investigaciones que existen y todos los antecedentes sobre lo que se va a desarrollar como investigación. El marco teórico se refiere a todas las fuentes de consulta teórica de que se puede disponer sobre el problema a investigar.

Consecuentemente, el marco teórico de la presente investigación, consiste en desarrollar la argumentación e interpretación de las teorías jurídicas, así como los trabajos precedentes y demás fuentes sobre el tema que sirven de base y fundamento primordial de este trabajo investigativo.

Estudios previos o estado del arte

En el presente apartado se abordarán los estudios previos que constituyen la guía fundamental para el correcto desarrollo del presente trabajo; estos se componen de trabajos o tesis de grado precedentes que guardan una estrecha relación con la investigación y constituyen un pilar de apoyo a la investigación (Arias, 2012).

Como parte de los estudios previos se debe mencionar los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en relación a los cuales Chiriboga (2022), en su trabajo de titulación en la Universidad Central del Ecuador, denominado “Control de convencionalidad, estándares internacionales de derechos humanos sobre la prisión preventiva 2017-2019”, cuyo objetivo consistió en analizar el cumplimiento de las recomendaciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para la aplicación de la prisión preventiva y su cumplimiento en el Ecuador; empleando una metodología cualitativa, y sirviéndose de métodos de análisis documental, exegético-jurídico y jurídico comparado, determinó que existe un abuso de la prisión preventiva por parte de los órganos jurisdiccionales.

El estudio mencionado destaca la importancia de las recomendaciones emitidas por la CIDH, entre las cuales se establece que la prisión preventiva debe obedecer a criterios de excepcionalidad, caso contrario podría constituirse en una pena anticipada, y en este sentido el trabajo previo referido, permitirá desarrollar de forma

doctrinaria el principio de excepcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar de ultima ratio.

De igual forma, para comprender la excepcionalidad, Castillo (2009), en su trabajo de titulación para obtener la Maestría en Derecho Procesal, denominado: “La excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador”, cuyo objetivo se enmarcó en determinar si este principio se contrapone al derecho de presunción de inocencia contemplado en la Constitución de la República del Ecuador; y, en el que empleó una metodología dogmática, analizando: normas, jurisprudencia y la misma Constitución de la República del Ecuador; lo llevó a establecer que la excepcionalidad no se aplica conforme a la gravedad de los delitos y no ha tenido un efecto positivo por la forma en que se viene aplicando, beneficiando a sujetos reincidentes.

El aporte esencial de la investigación mencionada en esta investigación, es comprender el principio de excepcionalidad a luz de la jurisprudencia y los tratados internacionales de derechos humanos, para posteriormente analizarlo en relación a los presupuestos legales contemplados en el artículo 534 del COIP; cabe mencionar que el trabajo citado corresponde al año 2009, pero es fundamental su aporte porque recoge de forma doctrinaria y jurisprudencial el principio de excepcionalidad, indispensable para el desarrollo del presente trabajo.

Referente a la aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar y de ultima ratio, a la luz de los principios constitucionales, Yépez (2016), en su trabajo de titulación: “La indebida aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar dentro del Derecho Procesal Penal ecuatoriano, en relación a los principios constitucionales”, cuyo objetivo fue analizar la aplicación de la prisión preventiva a la luz de los principios constitucionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para evitar una indebida aplicación de esta medida cautelar; a partir de una investigación de carácter empírico-dogmático y con base a la muestra de la población beneficiaria, en este caso de jueces y fiscales así como de personas privadas de libertad en el centro de rehabilitación social sierra centro norte “Cotopaxi”, estableció que pese a que existen tratados y convenios internacionales de derechos humanos, se sigue vulnerando el derecho al debido proceso en la aplicación de la prisión preventiva.

El trabajo citado, aborda y desarrolla adecuadamente y de manera dogmática y jurisprudencial, los principios constitucionales de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad conforme a la jurisprudencia internacional, de forma que permita desarrollar y comprender tales principios constitucionales; si bien la investigación corresponde al año 2016, las definiciones de los principios constitucionales no han variado hasta la presente fecha.

En cuanto a la necesidad de la prisión preventiva, Bedoya (2019), en su proyecto de investigación previo a la obtención del título de abogada, denominado: “La aplicación del principio de necesidad en la fijación de la prisión preventiva en la legislación ecuatoriana”, cuyo objetivo consistió en analizar el principio de necesidad en la prisión preventiva, con base a los tratados internacionales, y para lo cual aplicó un enfoque crítico propositivo, basado en la doctrina y la jurisprudencia, llegó a determinar que en el Ecuador la libertad no es la regla general y que el principio de necesidad exigía verificar la existencia o no de otros medios idóneos, distintos a la prisión preventiva, para aplicarlos de manera preferente como límite a la aplicación a esta restricción de la libertad, toda vez que se fundamenta principalmente en la protección de los derechos fundamentales de la persona dentro del proceso como el derecho a la libertad.

En el presente trabajo se abordará el principio de necesidad desde lo doctrinario y jurisprudencial, para lo cual es necesario citar el trabajo antedicho por cuanto este brindará aportes teóricos y doctrinarios referentes al mencionado principio. Ya que, la necesidad obedece a un requisito esencial e ineludible para que pueda dictarse la prisión preventiva.

Las investigaciones antes citadas constituyen un aporte fundamental para el desarrollo de la presente investigación, puesto que, establecen los conceptos básicos y estudios previos de la temática plasmada, del mismo modo se establece la metodología empleada y el enfoque hermenéutico-dogmático que debe seguirse en el presente trabajo.

Jurisprudencia

Los precedentes jurisprudenciales constituyen pilar fundamental de la interpretación normativa, en virtud a que estos constituyen una fuente del derecho, la cual es

necesaria y pertinente citar y analizar en la presente investigación. Referente al tema propuesto se analizará la reciente jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, así como las sentencias emitidas por la CIDH.

La Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 8-20-CN/21, de fecha 18 de agosto de 2021, es esencial por cuanto en ella se analiza la constitucionalidad del artículo 536 del COIP, relativo a la sustitución de la prisión preventiva, así como la prohibición de la sustitución de la misma, pero en su *ratio decidendi* la Corte Constitucional del Ecuador refiere que en la medida cautelar de prisión preventiva debe ajustarse a las disposiciones constitucionales con la finalidad de que no se torne arbitraria ilegítima y desproporcional (2021).

La citada jurisprudencia establece que, a pesar de los parámetros normativos establecidos para la aplicación de la prisión preventiva, esta se constituye como la medida más gravosa que el Estado adopta sin que aun exista previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada, para lo cual señala que deben analizarse de forma minuciosa, desde los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, de tal suerte que, la Corte considera que la prisión preventiva no puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena, todo lo dicho en un contexto de ultima ratio.

Con lo referente al principio de proporcionalidad la CIDH en la sentencia Barreto Leiva Vs. Venezuela (2009), refiere que:

La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción. (Pág. 25)

La sentencia referida, establece que el juzgador debe realizar un juicio de proporcionalidad tomando en cuenta los elementos de convicción y los hechos que se investigan para poder ordenar la prisión preventiva o a su vez dictar una medida cautelar alternativa

En cuanto al principio de necesidad, la CIDH en el caso Carraza Alarcón Vs. Ecuador (2020), sostiene que:

Del artículo 7.3 de la Convención se desprende que para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: i) que existan elementos para formular cargos o llevar a juicio: deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el mismo; ii) que la finalidad sea compatible con la Convención, a saber: procurar que la persona acusada no impida el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia y que las medidas sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales respecto de tal fin y iii) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. (Págs.18,19)

Es así que, refiriéndose al principio de necesidad se establece que la prisión preventiva como medida cautelar puede predicarse como legítima cuando aquella medida es la única que está en capacidad plena de satisfacer los fines procesales previstos en la normativa, por ello esta medida cautelar de prisión preventiva deberá considerarse si las otras medidas cautelares son insuficientes o invalidas para obtener la ansiada finalidad procesal (Barreto Leiva Vs. Venezuela, 2009). Lo que significa, que es necesario demostrar que las medidas cautelares alternativas a la prisión preventiva son insuficientes y por ende es necesario que el juez ordene prisión preventiva.

En cuanto al principio de excepcionalidad, la CIDH manifiesta que mientras se resuelva la situación jurídica del procesado la libertad debe ser la regla general, por cuanto este goza de la garantía de la presunción de inocencia y solo en casos excepcionales dispondrá la prisión preventiva, es decir, cuando se verifique que hay o que puede haber un entorpecimiento en el proceso judicial. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile (2014).

En esta sentencia, la Corte Nacional de Justicia en la Resolución 14-2021 (2021) establece que:

Al hablar del principio de excepcionalidad, debemos hacer relación a que, como regla general, las personas son libres individualmente, por lo tanto, todas las medidas cautelares que limitan la libertad son excepcionales y deben ser administradas con sentido restringido en tanto afectan a un derecho de rango constitucional. La excepcionalidad tiene íntima relación con el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas. La prisión preventiva, es la medida más coercitiva, consecuentemente debe ser aplicada bajo criterios de ultima ratio, debe ser subsidiaria, es decir se impondrá cuando se considere que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz para asegurar la comparecencia del procesado. (Pág.2)

A lo anterior se puede acotar que, dicho principio deviene del respeto al derecho a la libertad personal toda vez que la prisión preventiva no será la regla general sino la excepción.

Entonces, una vez determinado los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad con base a la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos y Corte Nacional de Justicia y entendiendo que dichos principios constituyen un pilar básico y fundamental para dictar un medida cautelar alternativa a la prisión preventiva es imprescindible mencionar los referentes teóricos que constituyen o representan un elemento fundamental para el inicio, desarrollo y culminación de cualquier proyecto de investigación social, debido a su función en los modelos explicativos, explícitos o no, que guían la investigación (Torres & Jiménez, 2004). En tal sentido en los referentes teóricos, se plasman conceptos, teorías y postulados que los doctrinarios han desarrollado con anterioridad.

Referentes Teóricos

En esta sección, se recogen las palabras claves o fundamentales de la presente investigación, por su contenido y significado desde el campo doctrinario o jurisprudencial, que constituye la base fundamental para el desarrollo de un proyecto de investigación (Jiménez, 2004).

Prisión Preventiva

Sobre la prisión preventiva, Acosta (2015), señala que:

A partir de la doctrina se ha considerado que la prisión preventiva, llamada con el término genérico de detención, constituye una medida cautelar o medida precautelatoria o medida de seguridad que no es inconstitucional sino prevista en ella, que busca preservar la norma penal o vencer el peligro consistente en tratar de instrumentar la inaplicabilidad e impunidad del delito investigado y de retardar la tramitación del proceso. (Pág. 103)

Bajo esta premisa, la prisión preventiva constituye una medida cautelar que busca una finalidad, la cual se encuentra establecida en el artículo 534 del COIP, y que, para su imposición, se debe dar bajo ciertos requisitos o parámetros los cuales son: necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad que se estudiarán en la presente investigación.

Principios

Según Alexy (1993), los principios son “Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización” (Pág. 83). A decir de Alexy los principios deben aplicarse haciendo un ejercicio de ponderación lo cual implica tener en cuenta los hechos o situaciones para poderlos aplicar de manera correcta.

Ahora bien, en el Derecho Penal, es necesario señalar que los principios constituyen instrumentos o parámetros para contener el poder punitivo del Estado, tomando en cuenta que el derecho penal solo debe ser aplicado en casos muy graves, en aplicación del principio rector de mínima intervención penal, el cual limita al derecho penal de las otras ramas del derecho (Muñoz, 2010).

Principio de excepcionalidad

El principio de excepcionalidad a la prisión preventiva ha sido desarrollado en razón del derecho a la libertad, por lo cual es obligación del juzgador determinar si el procesado puede evadir su responsabilidad dentro del proceso judicial penal, ya sea falseando pruebas o no compareciendo al proceso, si en estos casos se llega a determinar y fundamentar correctamente se podrá emitir la orden de prisión preventiva, caso contrario sino se verifica lo dicho se deberá otorgar medidas alternativas, es así que se estaría realizando un ejercicio correcto del principio de excepcionalidad, esto sin duda se sigue discutiendo por cuanto puede o no ser suficiente argumento frente al principio de inocencia (Cafferata, 2011).

En este mismo sentido Domínguez (2000) sostiene que: “la prisión preventiva, por ser una restricción de libertad que se aplica al sujeto que goza del estado jurídico de inocente, tiene carácter excepcional y solo procede a efectos de garantizar la realización de la justicia o fines del proceso” (Pág.4). Lo cual podría aplicarse cuando, prima facie, el procesado pueda obstaculizar el debido proceso y consecuentemente la realización de la justicia.

Principio de necesidad

El principio de necesidad, constituye uno de los sub-principios del principio de proporcionalidad; en la prisión preventiva el principio de necesidad regula que al

momento de dictarse la medida cautelar de prisión preventiva se observe que las medidas cautelares alternativas son insuficientes (Acosta, 2022).

En este mismo orden, Pullido (2010), sobre el principio de necesidad refiere que:

El juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva. (Pág. 166)

Por ello, este principio debe ser abordado dentro de la prisión preventiva por cuanto debe verificarse si no existen otras medidas menos gravosas que la privación de libertad para la protección de los derechos de las personas procesadas, es así que dentro de este principio confluyen la garantía de presunción de inocencia y el derecho a la libertad personal.

Principio de mínima intervención penal

Sobre el principio de mínima intervención penal o *ultima ratio*, el jurista Ozafrain (2016) define que:

Este principio, en la parte más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad. (Pág.276)

En este aspecto, al establecer que la prisión preventiva debe ser utilizada en circunstancias excepcionales y en casos de estricta necesidad, se evita el riesgo de detenciones injustificadas y prolongadas que podrían afectar de manera significativa la vida y la dignidad de los individuos. Esto implica que el Estado debe justificar de manera sólida y con pruebas contundentes la necesidad de la prisión preventiva en cada caso particular, evitando su uso automático o discriminatorio.

Principio de proporcionalidad

Para Krauth (2018) el principio de proporcionalidad: “Obedece a entregar un equilibrio, entre el daño que irremediablemente éste causa al procesado y una ganancia procesal que es garantizar la comparecencia de la persona procesada” (Pág. 42). En tal sentido la proporcionalidad regula que los fines procesales no interfieran sobre los derechos fundamentales, es decir, que impliquen un sacrificio de la libertad si la finalidad no es superior a los derechos.

La jurisprudencia

Cuando se menciona la palabra jurisprudencia se refiere a la interpretación del máximo órgano de justicia ordinaria (Corte Nacional de Justicia) o de la Corte Constitucional del Ecuador. Entonces, se ha de considerar la jurisprudencia como la doctrina que establecen los jueces y las magistraturas al resolver un hecho en cuestión, es decir los jueces realizan una interpretación de la norma referente al caso en conocimiento (Schiele, 2011).

Por ello, la jurisprudencia debe considerarse como fuente del derecho, toda vez que los precedentes son de obligatorio cumplimiento, y en este sentido, en la presente investigación se abordará la jurisprudencia como fuente del derecho para desarrollar y cumplir los objetivos propuestos.

Referentes Legales

En este apartado, denominado bases legales o referentes legales se aborda la normativa legal vigente y aplicable a la problemática estudiada, partiendo desde la Constitución, Tratados Internacionales, Leyes Orgánicas y las Resoluciones, puesto que estos son base fundamental para el correcto desarrollo de la presente investigación (Palella Stracuzzi, 2006).

Como referentes legales dentro de la presente investigación se pueden mencionar:

Constitución de la República del Ecuador (2008)

La Constitución de la República del Ecuador (2008), como normativa suprema, en su artículo 77 numeral 1 señala:

En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: "1. (Sustituido por el Anexo No. 2 de la Pregunta No. 2 de la Consulta Popular, efectuada el 7 de mayo de 2011, R.O. 490-S, 13-VII-2011).- La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

La Constitución de la República del Ecuador como norma suprema, establece que la privación de libertad no será la regla general sin embargo por bloque de

constitucionalidad, en relación a lo establecido en instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador, que al ser más favorables a los derechos humanos en lo que respecta al tema tratado, prevalecen sobre la Constitución nacional e incluso son Constitución, implican que la privación de la libertad, como pena o medida cautelar, sigue siendo excepcional en el Ecuador, reafirmando el principio de excepcionalidad.

Así mismo, el numeral 11 del artículo 77 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) establece que: “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”. El juzgador deberá verificar si las medidas alternativas son suficientes y dispondrá de las mismas, en el caso de que estas fueran insuficientes podrá dictarse prisión preventiva.

Y, el artículo 66 numeral 14 de la Constitución de la República del Ecuador (2008), establece que: “El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley”. Es un derecho de libertad el transitar libremente, el cual será restringido de forma excepcional.

Lo dicho, deber ser analizado de forma dogmática y doctrinaria en referencia a la prisión preventiva.

Pacto de San José Costa Rica

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969) (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969), del cual Ecuador es suscriptor, resalta que dentro de un estado de derecho en el cual se rigen las instituciones democráticas, la garantía de derechos de los seres humanos se basa en el establecimiento de condiciones básicas necesarias para su sustentación (alimentación, salud, libertad de organización, de participación política, entre otros).

Es así que el artículo 7, numeral 5 del Pacto de San José Costa Rica (1969), establece que: “Toda persona...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”. Dentro del proceso se deben establecer medidas para que la persona pueda comparecer a juicio,

para ello debemos tener en cuenta que existen varios tipos de medias cautelares para garantizar su comparecencia.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El artículo 9, numeral 3, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976), establece que:

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. 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.

Se concluye así que la prisión preventiva debe responder al principio de excepcionalidad, y esto se debe considerar como de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados partes, en este caso el Ecuador como suscriptor.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal (Reglas de Mallorca).

Las Reglas de Mallorca, (1990), en su artículo 16 disponen: “Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas”; esto haciendo referencia al principio de necesidad, así como el artículo 20, numeral 1 *ibídem* que establece: “La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como última ratio. Sólo podrá ser decretada cuando se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o destrucción, desaparición o alteración de las pruebas”. Por cuanto al momento de dictarse la prisión preventiva se debe observar la necesidad de emitir dicha medida.

Consecuentemente, el artículo 17 *ibídem*, señala que: “En relación con las medidas limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado”. Las Reglas de Mallorca, establecen que toda medida obedecerá el principio de proporcionalidad, esto referente a los hechos puestos en conocimiento de la autoridad.

Código Orgánico Integral Penal

El Código Orgánico Integral Penal (2014), que contempla la parte sustantiva como adjetiva del derecho penal, en su artículo 522, numeral 6, establece que una de las modalidades de medida cautelar para asegurar la comparecencia del procesado es: “Prisión Preventiva”, y esta deberá ser ordenada por el juzgador.

El Código Orgánico Integral Penal (2014), en su artículo 534 señala lo siguientes requisitos para que se ordene la prisión preventiva:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.; 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.; 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.; 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

Lo dicho, debe ser acatado por la fiscalía toda vez que es obligación del titular de la acción pública penal justificar la necesidad y pertinencia de la prisión preventiva conforme los numerales descritos; del mismo modo es obligación del juzgador de motivar la decisión.

La Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 14-2021 (2021) realizó la aclaración del presente artículo en el siguiente sentido:

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.; Art. 2.- 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.; Art. 3.- La resolución de prisión preventiva debe estar motivada considerando los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y contendrá al menos: 1. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada, se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año. 2. Que los elementos aportados por Fiscalía, permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Para emitir este pronunciamiento, la Corte Nacional de Justicia fundamenta su resolución en los criterios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad entre

otros principios, toda vez que los hombres son libres individualmente, por lo que aplicar una medida que restrinja dicho derecho debe ser de forma excepcional, necesaria y proporcional

Cabe señalar que el artículo 520, numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal (2014), establece que: “Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada”, esto al momento de emitir una medida cautelar o de protección.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN.

El presente capítulo aborda la metodología de investigación o los métodos que se utilizan en el desarrollo de la misma, de este modo el marco metodológico constituye la base fundamental para responder al problema planteado y para ello es necesario mencionar el tipo o tipos de investigación, así como los instrumentos o métodos utilizados para cumplir dicha finalidad (Arias, 2012).

Para el cumplimiento del trabajo investigativo en un primer momento fue necesario asumir un paradigma metodológico de investigación siendo el más idóneo el dogmático, que según Tantaleán (2016), indica que: “En el paradigma dogmático se estudia a las estructuras del derecho objetivo –o sea la norma jurídica y el ordenamiento normativo jurídico- por lo que se basa, esencialmente, en las fuentes formales del derecho objetivo” (Pág. 3). De este modo el tipo de investigación dogmática es pertinente y adecuada para la presente investigación por cuanto se analiza la prisión preventiva desde los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, en la doctrina y a luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como en referencia a la Constitución de la República del Ecuador, Código Orgánico Integral Penal y demás cuerpos normativos relacionados al problema planteado.

En este mismo sentido, la presente investigación desde el punto de vista metodológico asume el paradigma interpretativo, aunque no necesariamente como tipo de investigación, sino más probablemente como uno de los métodos de investigación a utilizar, el cual en palabras Agudelo-Giraldo (2018) este: “Consiste en buscar el significado de la normativa puesto que puede contener vacíos o ser ambigua y esto podría ocasionar que la norma sea insuficiente para los fines legales pertinentes” (Pág.31). De este modo, se analiza el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, por cuanto el mismo debe ser concordante con los pronunciamientos de la Corte Constitucional y los pronunciamientos del Sistema Interamericana de Derechos Humanos, referente a las finalidades y requisitos de la prisión preventiva.

Esto conlleva a aplicar un enfoque cualitativo, el cual en palabras de Sánchez (2019), señala que:

Se sustenta en evidencias que se orientan más hacia la descripción profunda del fenómeno con la finalidad de comprenderlo y explicarlo a través de la aplicación de métodos y técnicas derivadas de sus concepciones y fundamentos epistémicos, como la hermenéutica, la fenomenología y el método inductivo. (Pág. 104)

Lo antes mencionado permite concebir el desarrollo de la investigación desde el derecho adjetivo, en virtud a que la norma, jurisprudencia y la doctrina constituyen evidencias para la interpretación de la ley. Consecuentemente, es idóneo la aplicación de métodos y técnicas epistémicos derivados desde la concepción del derecho, sin perjuicio de utilizar otros métodos, propios de las ciencias sociales, por la naturaleza de la investigación en el campo del derecho.

En concordancia con lo anterior, esta investigación asume el diseño dogmático/hermenéutico que en término de Zorilla (2010) refiere a que: “Su propósito estará delimitado a atribuir significado y contenido al alcance normativo y a la normatividad jurídica, donde alcanza a la jurisprudencia” (Pág. 13). En este orden, para la presente investigación se basa en análisis de documentos y textos, lo que nos ayuda a comprender los principios de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, así como su alcance y significado en la prisión preventiva, tomando como referencia la jurisprudencia que compone el bloque de constitucionalidad.

Uno de los métodos propios de la investigación hermenéutica es el analítico, el cual en palabras de Agudelo-Giraldo (2018) señala que: “El investigador deberá, a partir de la formulación de enunciados jurídicos, asignar significado y contenido a cada una de las normas del conjunto seleccionado (...)” (Pág. 35). Como en la presente investigación se busca contrarrestar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, así como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con lo dispuesto en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, es necesario identificar o dotar de mayor contenido y significado a la normativa donde se establece la prisión preventiva, y consecuentemente se utiliza los métodos analítico-sintético y algunos de los métodos de interpretación legal, como son: la gramatical, restrictiva o literal; la sistemática y la teleológica, sin perjuicio de utilizar otra u otras según las exigencias de la investigación.

Dando continuidad al desarrollo del presente trabajo se debe abordar la unidad de análisis para lo cual, Hurtado (2010), define que: “Una unidad de análisis es una cadena textual que puede ser diferenciada del resto del documento por referirse a un tema en particular. En otros casos, simplemente se basa en criterios espaciales y de sintaxis palabras, párrafos, secciones (...)” (Pág.128). Es decir, el conjunto o serie de documentos seleccionados específicamente para el desarrollo de la investigación.

Para el presente trabajo investigativo se utilizan los siguientes documentos:

- Constitución de la República del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449, última modificación el 25 de marzo de 2021.
- La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969).
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas (Reglas de Mallorca)
- Código Orgánico Integral Penal, Suplemento del Registro Oficial S. 180, 2014
- Sentencia No. 8-20-CN/21, de fecha 18 de agosto de 2021.
- Sentencia Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia Carranza Alarcón vs. Ecuador, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Sentencia Barreto Leiva Vs. Venezuela, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Trabajos de titulación, artículos científicos y libros.

Mencionados los documentos que componen la unidad de análisis; se implementa como técnica de recolección de datos una revisión documental que a decir de Bernal (2010): “(...) consiste en realizar un estudio de los documentos, con la finalidad de establecer relaciones, diferencias y etapas, todo esto en relación al objeto de estudio” (Pág. 111). En este sentido es necesario identificar la normativa, la jurisprudencia, la doctrina y demás textos de apoyo donde se definen los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, con el fin de contrarrestarlos o analizarlos con los requisitos de la prisión preventiva.

Lo antes mencionado evidencia la importancia de realizar un análisis e interpretación de los diversos documentos seleccionados para el presente estudio, con la finalidad de comprender como se aplica la prisión preventiva, con base a principios y criterios emitidos por la Corte Constitucional del Ecuador y Corte Interamericana de Derechos Humanos. Para lo cual se utilizará el siguiente formato:

DOCUMENTO	ANÁLISIS

Siguiendo con lo dicho, para el desarrollo del presente trabajo es necesario aplicar una técnica de análisis de información misma que comprende el procedimiento de procesamiento de la información que se lleva a cabo a partir de los datos obtenidos haciendo una descripción, clasificación y posterior análisis de los documentos. Por ende, se realiza una interpretación desde de la experiencia del investigador para generar hallazgos en contraste con lo que genera la doctrina.

CAPÍTULO IV

RESULTADO

El objetivo de la presente investigación es determinar si la normativa sobre la prisión preventiva recoge implícita o explícitamente los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad establecidos en la Sentencia No. 8-20-CN/21 y la jurisprudencia internacional relevante; con este propósito se revisó el marco teórico relacionado con los principios que regulan el uso de la prisión preventiva, así como de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que haya resuelto o se haya pronunciado sobre la medida cautelar estudiada, así como aquella en que se hayan interpretado los parámetros de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad, en relación a la normativa sobre prisión preventiva establecida en el Código Orgánico Integral Penal.

Contenido y alcance de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, en relación a la aplicación de la prisión preventiva.

Contenido y alcance del principio de proporcionalidad

Para comprender el alcance y contenido del principio de proporcionalidad, se debe partir por señalar que este principio está íntimamente relacionado con los derechos fundamentales y así lo sostiene Alexy (2011), al señalar: “Este principio expresa el sentido de la ponderación respecto de las posibilidades jurídicas. Este principio es idéntico a la regla llamada «ley de la ponderación»” (Pág.15). Para ello, la ley de la ponderación implica analizar el grado de satisfacción o afectación de un principio y con base a esto dar mayor importancia o satisfacción de otro. Por ello, se puede decir que la proporcionalidad hace referencia a la ponderación en la afectación de los derechos, a fin de, satisfacer o garantizar otros derechos o cumplir ciertos fines, sin que la afectación realizada resulte excesiva, arbitraria o irracional, siendo la equidad la medida justa y exacta entre la limitación y la garantía de derechos en conflicto.

En este mismo orden, se entiende que el principio de proporcionalidad exige que las medidas estatales restrictivas de derechos individuales sean racionales, equitativas, ponderadas y necesarias para lograr un fin legítimo (Jellinek, 2002). Bajo esta concepción doctrinaria, el principio de proporcionalidad de manera general obedece a la protección de los derechos frente a los fines ilegítimos, desproporcionales o arbitrarios, es decir, busca garantizar que las medidas restrictivas adoptadas por el Estado sean adecuadas, necesarias y proporcionadas en relación con los objetivos legítimos perseguidos. Por lo que desempeña un papel fundamental en el equilibrio entre los intereses colectivos y los derechos individuales, asegurando que las restricciones impuestas por el Estado sean justificadas y limitadas en la medida justa y necesaria.

Doctrinariamente, el alcance del principio de proporcionalidad se extiende a diversas situaciones jurídicas, como la limitación de derechos fundamentales en una Constitución, la adopción de medidas administrativas por parte de las autoridades públicas o incluso la aplicación de sanciones en el ámbito penal. Además, este principio también se aplica en el derecho internacional, particularmente en el contexto de los derechos humanos y el derecho humanitario.

En el ámbito penal, específicamente sobre la proporcionalidad de las penas, Zaffaroni (2020), señala que: “La pena de prisión proporcional implica un determinado tiempo de sufrimiento adecuado a la culpabilidad por el hecho, pero si el sufrimiento es mucho mayor, ese tiempo de sufrimiento superior quiebra la proporcionalidad y viola el correspondiente principio republicano” (Pág. 55). Bajo estas líneas, se establece que la gravedad de la pena impuesta debe ser proporcional a la gravedad del delito cometido. En consecuencia, la pena debe ajustarse al principio de justicia retributiva, buscando un equilibrio adecuado entre el castigo impuesto y la culpabilidad del delincuente en razón de la gravedad del daño producido por el cometimiento del injusto penal.

Ahora bien, el principio de proporcionalidad en el contexto de la prisión preventiva debe entenderse como la exigencia de que esta medida cautelar de *ultima ratio* sea proporcionada, estrictamente necesaria y equilibrada en relación a los fines procesales establecidos en el Código Orgánico Integral Penal (2014). Esto implica que, la imposición de la prisión preventiva debe ser la medida menos restrictiva

necesaria para alcanzar los objetivos legítimos del proceso penal. Para ello es necesario considerar lo siguiente:

La Constitución de la República del Ecuador (2008), en el numeral 6 del artículo 76, señala que: “la proporcionalidad actúa como un principio en el marco del debido proceso”, esto, haciendo referencia a que debe existir una relación coherente entre el grado de vulneración de un derecho y la gravedad de la pena. Por otro lado el Código Orgánico Integral Penal (2014), recoge este principio en el artículo 520, donde se puede evidenciar que las reglas de las medidas cautelares y de protección, en estas reglas el principio de proporcionalidad obliga al juzgador a motivar su decisión así como las circunstancias en que se debe y cuando no aplicar dichas medidas.

En este orden, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014), refleja que la resolución en que el juzgador dispone la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe contener, específicamente en el literal c): “La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Es preciso recalcar, que este artículo fue reformado el 29 de marzo de 2023; siendo necesario comparar, en el siguiente cuadro, el contenido del artículo 534 antes de la reforma, con el contenido actual:

Tabla 1. Cuadro comparativo de la reforma al artículo 534 del COIP, del principio de proporcionalidad.

Artículo 534 del COIP, vigente hasta el 11 de mayo de 2023.	Artículo 534 del COIP, reformado y publicado el Registro Oficial 279 del 29 de marzo de 2023, pero entró en vigencia el 12 de mayo de 2023.
Art. 534.- Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes	Art. 534.- Finalidad y requisitos. - La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna

requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el

otra medida cautelar personal es útil y eficaz. Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para

caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el presente artículo, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

Cuando proceda ordenar la prisión preventiva, en su resolución la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. La resolución contendrá:

a. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.

b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de

	<p>indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.</p> <p>c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.</p>
--	--

Fuente: Código Orgánico Integral Penal (2014)
 Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno

Sin duda, el artículo 534 antes de la reforma no recogía la proporcionalidad como un requisito para ordenar la prisión preventiva; mientras que actualmente, no solo es recogido, sino que se establece como un requisito de justificación para que la imposición de prisión preventiva sea o no necesaria, lo cual merece ser abordado desde el aspecto jurisprudencial, y al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en algunos de sus fallos o decisiones, así como en los diferentes tratados internacionales sobre derechos humanos ha ponderado el principio de proporcionalidad en los siguientes términos:

Una persona inocente no debe recibir el mismo trato que una persona condenada, en este orden el Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de una condena, esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión.

Por otro lado, dentro del principio de proporcionalidad debe analizarse los hechos que se investigan con los elementos de convicción que promueven dictar la prisión preventiva. En este orden el juzgador deberá realizar un ejercicio de ponderación entre el grado de afectación y el derecho de libertad, con el fin de buscar un justo equilibrio entre los intereses en conflicto.

Por lo dicho, y tomando en cuenta la parte doctrinaria y la jurisprudencia, el principio de proporcionalidad en la prisión preventiva establece que las acciones tomadas por las autoridades y las restricciones impuestas a los derechos y libertades individuales

deben ser proporcionales, es decir en justa medida y no excesivas en relación con los objetivos legítimos perseguidos. Por lo que este principio es fundamental para garantizar el equilibrio entre los intereses del Estado y los derechos de los individuos.

Consecuentemente, es pertinente mencionar algunos elementos que se deben considerar al momento de dictar la prisión preventiva, como son:

- **Gravedad del delito:** La prisión preventiva debe estar reservada para delitos graves que justifiquen la privación de libertad antes de la condena, como delitos violentos, delitos contra la vida, la integridad física, la seguridad pública, entre otros.
- **Probabilidad de condena:** La medida de prisión preventiva debe ser proporcionada a la probabilidad de que la persona sea condenada por el delito imputado. Si la probabilidad de condena es baja, la privación de libertad puede considerarse desproporcionada.
- **Necesidad de asegurar fines del proceso:** La prisión preventiva debe ser necesaria para asegurar la comparecencia del imputado al juicio y evitar el riesgo de fuga. Si existen medidas alternativas que puedan cumplir con estos fines, se debe considerar su aplicación en lugar de la prisión preventiva.

Estos elementos, son parte de los fines legítimos que están concatenados con el principio de proporcionalidad, los cuales, deben considerarse y desarrollarse en el contexto del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal.

En este contexto, es necesario plasmar el siguiente ejercicio ejemplificativo para una mejor comprensión:

Tabla 2. Ejemplo, aplicación del principio de proporcionalidad.

Hechos:
Juan es acusado de un delito de robo agravado, en el cual se le imputa haber participado en un robo a mano armada en una joyería, ocasionando lesiones graves a una persona durante el incidente. La fiscalía solicita la imposición de la prisión preventiva para garantizar la comparecencia de Juan al juicio y para proteger a la comunidad de posibles actos delictivos similares.
Gravedad del delito:

El robo agravado con lesiones graves es un delito grave y violento, lo que indica que existe una alta gravedad del delito imputado.

Riesgo de fuga:

El juez debe evaluar si existen indicios o elementos que sugieran un alto riesgo de fuga por parte de Juan. Por ejemplo, si Juan tiene antecedentes de fuga o si se presentan pruebas que indiquen su intención de eludir el proceso judicial.

Alternativas menos restrictivas:

El juez debe analizar si existen medidas alternativas a la prisión preventiva que puedan cumplir con los fines del proceso penal, como la imposición de medidas cautelares menos severas. Por ejemplo, el uso de dispositivos de monitoreo electrónico, la presentación periódica ante las autoridades judiciales o la prohibición de salida del país o de acercarse a ciertos lugares o personas.

Proporcionalidad temporal:

El juez debe evaluar la duración de la prisión preventiva solicitada y considerar si es proporcional a los fines perseguidos. La prisión preventiva debe revisarse periódicamente para determinar si sigue siendo necesaria y proporcional.

Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno

El mencionado caso hipotético ayudará a comprender los elementos constitutivos del principio de proporcionalidad los mismo que sirven al juzgador para que pueda decidir que la prisión preventiva sea proporcional, en este caso, considerando la gravedad del delito, el riesgo de fuga y la ausencia de medidas alternativas menos restrictivas que aseguren los fines del proceso penal. Es importante destacar que cada caso es único y que la aplicación del principio de proporcionalidad en la prisión preventiva debe realizarse de manera individual, considerando las circunstancias específicas de cada situación y respetando los derechos fundamentales de los acusados.

Con lo señalado, se puede decir que el principio de proporcionalidad en cuanto a su contenido y alcance actúa como un mecanismo de control y de protección de derechos, constituyendo un límite orientado a evitar que el poder punitivo, emanado

del Estado, se desborde de forma arbitraria e injusta; para lo cual, este principio como mandato de optimización obliga a las autoridades jurisdiccionales a sopesar entre el derecho a la libertad Vs. las finalidades de la prisión preventiva. Y para ello debe realizarse un ejercicio práctico tomando en cuenta elementos como la gravedad, el daño y el riesgo para ordenar la medida cautelar de prisión preventiva.

Contenido y alcance del principio de excepcionalidad

De manera general el principio de excepcionalidad se refiere a que las medidas restrictivas o limitativas de derechos fundamentales deben ser aplicadas extraordinariamente y solo cuando sean estrictamente necesarias, es decir, como última opción y bajo condiciones específicas. Este principio está estrechamente relacionado con los derechos fundamentales y su protección, toda vez que reconoce que los derechos inherentes a las personas deben ser respetados y protegidos en la medida máxima posible, y que solo en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas se pueden imponer restricciones a dichos derechos.

Bajo esta premisa, y para mejor comprensión Roxin (1997) establece que:

El mantenimiento de la pena significa que el legislador, por regla general, sólo piensa realizar su interés preventivo en el marco trazado por la culpabilidad por el hecho y que, en atención a la libertad de los ciudadanos, también admite normas preventivas, que pueden producirse cuando la medida de culpabilidad pone un límite a la duración de la sanción. (Pág. 107)

Por ello la imposición de una medida cautelar debe ser aplicada en casos excepcionales, esto es, en casos extraordinarios, que no solo no encajan en la regla general sino que además tienen condiciones de mayor particularidad, como la existencia de un daño grave o la puesta en peligro a la comunidad, por lo que, siguiendo a Roxin, el principio de excepcionalidad actúa como un límite necesario para la imposición de penas privativas de libertad, siempre y cuando estas medidas sean la última opción y encuentren su justificación en razones de prevención especial y general.

En el contexto del derecho penal, se entiende que al ser la última opción, estas medidas implican que una pena privativa de libertad debe utilizarse cuando los otros medios de control han fallado (Beccaria, 1764). Consecuentemente, el principio de excepcionalidad nos lleva a desarrollar de manera más amplia el concepto de *ultima ratio*, el mismo que se aplica a diferentes áreas, como el derecho penal, la política internacional y la toma de decisiones éticas, y cuyo objetivo principal es limitar el uso

de la violencia o la coerción a situaciones excepcionales y necesarias, evitando así su abuso o uso indiscriminado.

En el ámbito del derecho penal, el principio de *ultima ratio* supone que el sistema de justicia penal debe agotar todas las medidas no punitivas antes de recurrir a la imposición de una pena, más aún cuando las restricciones son producto de la imposición de medidas cautelares. Se busca priorizar la prevención, la rehabilitación y la reinserción del condenado antes que la retribución o el mero castigo.

Bajo estas premisas, se entiende que el principio de excepcionalidad está íntimamente relacionado con el principio de ultima ratio, ya que se basan en la idea de que la medida o acción a imponerse debe responder a que las demás alternativas hayan sido agotadas o resulten insuficientes. Ambos principios buscan evitar la adopción precipitada o innecesaria de una medida o acción restrictiva de derechos, de manera injustificada o infundada. No basta con alegar una situación excepcional o el agotamiento de otras alternativas, sino que se debe demostrar la necesidad y proporcionalidad de la medida o acción a tomar.

Por lo dicho, el juez deberá considerar y preferir otras opciones menos restrictivas antes de imponer una medida privativa de libertad, como la imposición de una fianza, medidas cautelares menos gravosas o la vigilancia electrónica, garantizando se cumplan los objetivos de la prisión preventiva.

Ahora bien, nuestra normativa, específicamente la Constitución de la República del Ecuador (2008), publicada en el Registro Oficial el 20 de octubre de 2008, en su artículo 77, numeral 1 establecía que: “La privación de libertad se aplicará excepcionalmente para garantizar la comparecencia en el proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena”. Mientras que, a partir de las reformas en el año 2011, La Constitución, en su artículo 77, numeral 1 establece:

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.

Se entiende entonces, que la libertad es la regla y la privación de libertad es la excepción, sin embargo, la expresión “no será la regla general”, no implica necesariamente que sea la excepción, sino que su alcance es mayor, pudiendo alcanzar inclusive al 50% de los casos, mientras que el concepto de excepcionalidad se refiere únicamente a los casos que así lo exijan. De este modo, la Constitución de

la República del Ecuador, no recoge explícitamente el principio de excepcionalidad, aunque por bloque de constitucionalidad la excepcionalidad persiste.

Adicionalmente, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014), establece que: “La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional (...)”. Sin embargo, es preciso mencionar, que fue a partir de la reforma del 29 de marzo de 2023; cuando se incluyó la condición de excepcionalidad, siendo necesario comparar, en el siguiente cuadro, el contenido del artículo 534 antes de la reforma, con el contenido actual:

Tabla 3. Cuadro comparativo de la reforma al artículo 534 del COIP, del principio de excepcionalidad.

Artículo 534 del COIP, vigente hasta el 11 de mayo de 2023.	Artículo 534 del COIP, reformado y publicado el Registro Oficial 279 del 29 de marzo de 2023, pero entró en vigencia el 12 de mayo de 2023.
<p>Art. 534.- Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las</p>	<p>Art. 534.- Finalidad y requisitos. - La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurran los siguientes requisitos:</p>

medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el presente artículo, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

Cuando proceda ordenar la prisión preventiva, en su resolución la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. La resolución contendrá:

a. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.

b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno.

Como se mencionó, es a partir de la reforma al COIP, que se incluye la excepcionalidad como un precepto para la aplicación de la prisión preventiva; esto sin duda, obedece al aspecto doctrinario del derecho penal y a la jurisprudencia relevante en el contexto de la prisión preventiva, lo cual merece ser revisado desde el campo jurisprudencial.

La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce que los derechos humanos son universales, inherentes a todas las personas y deben ser protegidos en todas las circunstancias. Sin embargo, en situaciones de emergencia o crisis, los Estados pueden tomar medidas restrictivas, siempre y cuando cumplan con el principio de excepcionalidad. En este orden, la CIDH, ha manifestado que se deben considerar aspectos esenciales para que una medida sea o no excepcional, tal es así que:

En primer lugar, debe considerarse la presunción de inocencia, por cuanto toda persona se presume inocente hasta que se demuestre su culpabilidad más allá de toda duda razonable, mediante sentencia o resolución firme y ejecutoriada que declare la culpabilidad. En consecuencia, la prisión preventiva se considera una medida cautelar extraordinaria y se debe aplicar solo cuando sea estrictamente necesaria.

Como segundo aspecto, se debe considerar el peligro de fuga y riesgo de obstaculización, por cuanto la prisión preventiva puede ser justificada cuando exista un peligro real y concreto de fuga del acusado o un riesgo evidente de que obstaculice la investigación o el proceso judicial. Esto debe ser evaluado de manera objetiva y basados en pruebas sólidas.

Del mismo modo, como tercer aspecto se debe considerar la proporcionalidad y las medidas alternativas a la prisión preventiva, toda vez que la medida de privación de libertad debe ser proporcionada al delito cometido y a los fines que se persiguen. Además, se destaca la necesidad de considerar y utilizar alternativas a la prisión preventiva, como la vigilancia electrónica, la presentación periódica ante las autoridades o el pago de una caución.

Como cuarto aspecto, debe ser razonable, es decir la duración o el tiempo de la prisión preventiva, no puede exceder del que las condiciones lo exijan. La CIDH establece que su prolongación indefinida o excesiva puede constituir una violación del derecho a un juicio justo y a la libertad personal. Por lo tanto, se exige que exista una revisión periódica y justificada de la necesidad de mantener la prisión preventiva, y que se busque una resolución del caso en un plazo razonable.

En este contexto, es necesario plasmar el siguiente ejercicio ejemplificativo para una mejor comprensión:

Tabla 4. Ejemplo, aplicación del principio de excepcionalidad.

Hechos:
Juan es acusado de cometer un delito grave, como un asesinato. La fiscalía presenta evidencia contundente que señala al acusado como el principal sospechoso y existe el temor fundado de que pueda fugarse o influir en los testigos clave del caso. En esta situación, el principio de excepcionalidad se aplicaría para justificar la imposición de la prisión preventiva.
Principio de excepcionalidad:
En esta situación, el principio de excepcionalidad se aplicaría para justificar la imposición de la prisión preventiva, considerando los siguientes elementos.
Primer aspecto:
El juez evaluará cuidadosamente la necesidad de la prisión preventiva, a raíz de la presunción de inocencia toda vez que Juan, es presunto responsable nada más.
Segundo aspecto:
En este elemento se debe evidenciar si existe el denominado peligro de fuga y entorpecimiento del proceso judicial, tomando en cuenta los elementos de convicción que debe presentar la fiscalía
Tercer aspecto:
Se debe considerar la proporcionalidad de la pena, tomando en cuenta la gravedad del delito, en el presente caso es un asesinato el cual la pena que le correspondería es de 22 a 26 años según el COIP.
Cuarto aspecto:

En el presente caso, si el Juez dicta como medida cautelar la prisión preventiva esta debe ser razonable, en el marco de lo dispuesto en la norma penal, es decir de un año.

Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno

En el caso hipotético se evidencian los aspectos necesarios requeridos para que una medida sea considerada excepcional, de conformidad con la jurisprudencia de la CIDH. De este modo, el juez puede determinar que la prisión preventiva cumple justificadamente con el criterio de excepcionalidad.

Por lo expuesto, referente al contenido y alcance del principio de excepcionalidad se puede mencionar que este mandato de optimización protege fundamentalmente el derecho a la libertad, por cuanto la restricción de este derecho desde el punto de vista del derecho penal debe ser de *ultima ratio*, toda vez que las medidas restrictivas de libertad deberán ser aplicadas de forma extraordinaria, esto, cuando se identifique que existe un peligro o amenaza a la sociedad o para garantizar los fines procesales. Como lo sería en la prisión preventiva; en cuanto a su alcance busca que los derechos de las personas procesadas sean respetados en la medida máxima posible, para ello el juzgador debe verificar la concurrencia de varios elementos, que serán valorados en el marco del debido proceso y el respeto a los derechos fundamentales.

Contenido y alcance del principio de necesidad

El principio de necesidad es fundamental en el ámbito del derecho y la ética, su alcance y contenido varían según el contexto en el que se aplique. De manera general se podría afirmar que el principio de necesidad implica que solo se deben utilizar los medios e intervenciones estrictamente indispensables para alcanzar un objetivo legítimo. En este sentido, Pullido (2010), sobre el principio de necesidad refiere que:

El juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en segundo momento, una vez constatado que para dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva. (Pág. 166)

Debe entenderse entonces, en primer momento, que el principio de necesidad busca proteger los derechos fundamentales, y para ello se requiere identificar si existen o no mecanismos adicionales y menos lesivos al momento de imponer o aplicar una

medida cautelar, de tal suerte que, solo en el caso de no identificarse otros mecanismos; será necesario la aplicación de una medida cautelar de mayor severidad para cumplir su finalidad.

Del mismo modo, y en un segundo momento, se deberá verificar si la medida cautelar a imponer es proporcional y equivalente a la sanción prevista para el caso y así cumplir con una finalidad preventiva.

Por ello, este principio actúa como una condición *sine qua non* para la aplicación de una medida preventiva, constituyéndose en parte de las garantías penales y procesales, además de un límite al poder punitivo del Estado, que busca castigar y restringir el derecho a la libertad, por lo que es necesario preguntar ¿cómo y cuándo se debe castigar?; y si esta pregunta no es contestada conforme el debido proceso y con base al principio de necesidad se debe recurrir al castigo como remedio extremo (Ferrajoli, 1995).

Esto, en el ámbito del derecho penal, implica que las actuaciones del Estado, como la detención, el uso de la fuerza o la limitación de derechos fundamentales, solo se justifican o legitiman cuando son estrictamente necesarios para proteger intereses legítimos, como la seguridad pública o la prevención del delito. Por ello, las medidas restrictivas deben ser proporcionales al fin perseguido y no deben ir más allá de lo estrictamente necesario.

Ahora bien, el principio de necesidad, en el contexto de la prisión preventiva, implica que esta medida solo debe ser aplicada cuando sea estrictamente indispensable para alcanzar los objetivos legítimos del proceso penal, como garantizar la presencia del acusado en el juicio, proteger la integridad de los intervinientes en el proceso, así como garantizar que el mismo proceso cumpla sus fines.

En el Código Orgánico Integral Penal, (2014), en el artículo 520, numeral 4, refiere que: “La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas: (...) 4. Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada”. Se recoge el principio de necesidad, mismo que obliga al juzgador, al momento de emitir una medida cautelar, en su resolución, argumentar la necesidad de dictar dicha medida, esto, en un contexto de la garantía de motivación.

Por ello, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, (2014), menciona que la resolución en que el juzgador dispone la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva debe contener, específicamente en el literal c): “La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”. Es preciso recalcar, que este artículo fue reformado el 29 de marzo de 2023; siendo necesario comparar, en el siguiente cuadro, el contenido del artículo 534 antes de la reforma, con el contenido actual:

Tabla 5. Cuadro comparativo de la reforma al artículo 534 del COIP, del principio de necesidad.

Artículo 534 del COIP, vigente hasta el 11 de mayo de 2023.	Artículo 534 del COIP, reformado y publicado el Registro Oficial 279 del 29 de marzo de 2023, pero entró en vigencia el 12 de mayo de 2023.
<p>Art. 534.- Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. Indicios de los cuales se desprenda que las</p>	<p>Art. 534.- Finalidad y requisitos. - La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:</p>

medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.

2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.

En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el presente artículo, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.

De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.

Cuando proceda ordenar la prisión preventiva, en su resolución la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. La resolución contendrá:

a. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.

b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.

c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad.

Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno

Sin duda, en el artículo 534 ya reformado, recoge el principio de necesidad, como una justificación ante la insuficiencia para aplicar otras medidas cautelares, lo cual es concordante con el artículo 520 del COIP, antes mencionado, que obliga al juzgador a considerar este principio dentro de las resoluciones judiciales, pero al no estar plenamente desarrollado es preciso ampliarlo desde el aspecto jurisprudencial.

Para ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha abordado el principio de necesidad, en relación con la prisión preventiva, en varias de sus sentencias y opiniones consultivas. En su jurisprudencia, la CIDH ha establecido estándares y principios que deben ser respetados por los Estados miembros en la imposición y aplicación de la prisión preventiva, los cuales son:

- **Carácter excepcional:** La CIDH ha enfatizado que la prisión preventiva debe ser una medida excepcional y no la regla general. Y los Estados deben utilizarla solo cuando sea estrictamente necesaria y no existan medidas cautelares menos restrictivas que puedan garantizar los fines legítimos perseguidos.
- **Riesgos y fundamentación:** La imposición de la prisión preventiva debe estar basada en riesgos concretos y fundamentados. La CIDH ha señalado que los riesgos deben ser evaluados individualmente en cada caso, y que la mera gravedad del delito no es suficiente para justificar la prisión preventiva.
- **Duración limitada:** La CIDH ha establecido que la prisión preventiva debe tener una duración limitada y razonable. Los Estados deben revisar periódicamente la necesidad de mantener la prisión preventiva, y si se constata que ya no es necesaria, deben ordenar la liberación inmediata del individuo.
- **Proporcionalidad y alternativas:** La CIDH ha subrayado que la prisión preventiva debe ser proporcional a los fines que busca alcanzar. Los Estados deben considerar y utilizar alternativas a la prisión preventiva, como medidas cautelares menos restrictivas, siempre que sean suficientes para garantizar los objetivos legítimos.

Bajo estas consideraciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se plantea el siguiente ejemplo:

Tabla 6. Ejemplo, aplicación del principio de necesidad.

Hechos:
Se acusa a una persona de cometer un delito grave, como un robo a mano armada. La fiscalía presenta pruebas sólidas que respaldan la acusación y solicita la imposición de la prisión preventiva. Sin embargo, la defensa argumenta que la prisión preventiva no es necesaria y solicita que se impongan medidas cautelares alternativas.
Consideraciones del Juez que debe tomar en cuenta para dictar medidas cautelares alternativas:
1.- Hay alternativas a la prisión preventiva que puedan cumplir con el objetivo de garantizar la comparecencia del acusado y proteger a la sociedad. 3.- ¿El delito de robo a mano armada realmente un delito grave?, tomando en cuenta que no existen daños a la víctima. 4.- La defensa argumenta que el acusado tiene una residencia estable, empleo regular y no posee antecedentes penales, por ello indica que no existe un riesgo de fuga.
Consideraciones del Juez que debe tomar en cuenta para dictar prisión preventiva:
1.- Analizar la gravedad del delito y reconocer que un robo a mano armada representa un peligro real para la sociedad y requiere medidas adecuadas para garantizar la seguridad pública. 2.- Evaluar las pruebas presentadas por la fiscalía y con esto concluye que existen elementos sólidos que respaldan la acusación, lo que aumenta la necesidad de asegurar la comparecencia del acusado durante el proceso.

Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno.

En el presente caso hipotético, se desarrolla los elementos mínimos que se deben valorar para la imposición de la prisión preventiva o a su vez la imposición de medidas cautelares alternativas. Por ello, el juzgador deberá ponderar estos argumentos y deberá concluir en su resolución la imposición de la prisión preventiva o si es necesario aplicar medidas cautelares menos restrictivas las mismas que serían suficiente para garantizar la comparecencia del acusado y proteger a la sociedad.

Este ejemplo ayuda a comprender cómo el principio de necesidad se aplica en la toma de decisiones judiciales relacionadas con la prisión preventiva, sopesando cuidadosamente la gravedad del delito, las pruebas presentadas y las circunstancias individuales del acusado para determinar la medida más adecuada y proporcional.

Por lo expuesto se sigue que, el contenido del principio de necesidad comprende que solo deben utilizarse medios estrictamente indispensables para cumplir los fines legítimos de la medida cautelar ordenada; esto implica que deben analizarse todas las medidas cautelares y consecuentemente identificar cuál de ellas es la necesaria que se debe aplicar a la persona procesada, para lo cual el juzgador debe tomar en cuenta los hechos y los elementos de convicción referente al caso en concreto. En cuanto al alcance del principio de necesidad, este implica realizar una valoración del carácter excepcional de la prisión preventiva, en relación con la proporcionalidad entre el delito cometido y la pena correspondiente a imponerse en caso de una sentencia condenatoria.

Requisitos legales establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal para que se dicte prisión preventiva, con base a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad y el marco de lo dispuesto en la sentencia 8-20-CN/21, emitida por el pleno de la Corte Constitucional

Finalidad de la prisión preventiva

Para comprender la finalidad de la prisión preventiva, debemos partir en primer lugar por determinar que esta figura jurídica, desde el aspecto normativo, doctrinario y jurisprudencial, constituye una medida cautelar personal y conforme a nuestra legislación, de carácter excepcional; y, en segundo término, se debe establecer, de modo general, que son y cuáles son las finalidades de las medidas cautelares, dentro del proceso penal. Al respecto, Vivanco (2015), al referirse a las medidas cautelares penales, señala que: “Constituyen las formas o modalidades de aseguramiento y las hay reales y personales (...) las personales afectan directamente la libertad de movilidad y tienen en particularidad la restricción de la deambulaci3n o transito” (Pág. 194). Se recurre a las medidas cautelares, especialmente para garantizar fines procesales, y se aplican conforme lo determinado en la normativa penal de cada legislaci3n. En el Ecuador, las finalidades de las medidas cautelares, concretamente

en el marco del proceso penal, se encuentran contempladas en el artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal (2014) que señala:

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; y, 4. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

Ahora bien, existen varias modalidades de medidas cautelares, y no todas persiguen los mismos fines, y para ello es preciso citar lo dispuesto en el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (2014) que establece que:

La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad: 1. Prohibición de ausentarse del país; 2. Obligación de presentarse periódicamente ante la o el juzgador que conoce el proceso o ante la autoridad o institución que designe; 3. Arresto domiciliario; 4. Dispositivo de vigilancia electrónica; 5. Detención; y, 6. Prisión preventiva. La o el juzgador, en los casos de los numerales 1, 2 y 3 de este artículo, podrá ordenar, además, el uso de un dispositivo de vigilancia electrónica.

De lo anterior se colige que la prisión preventiva constituye una modalidad de medida cautelar y que conforme lo señala el mismo artículo, antes de aplicar medidas cautelares privativas de libertad, como son la detención o la prisión preventiva, se deben priorizar la imposición de las otras medidas cautelares, señaladas en los numerales del 1 al 4, y consecuentemente, se infiere que la privación de libertad, concretamente, y por el objeto de la presente investigación, como medida cautelar de prisión preventiva, es excepcional, conforme lo dispuesto en la doctrina, jurisprudencia y la normativa ecuatoriana.

Ahora bien, sobre la finalidad de la prisión preventiva, el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014) establece que la medida cautelar de prisión preventiva se aplicará: “Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”. Por tanto, por una interpretación sistemática, podemos comprender que la finalidad de la medida cautelar de la prisión preventiva, se circunscribe y de manera parcial, a la finalidad contemplada en el numeral 2 del artículo 519 del Código Orgánico Integral Penal (2014).

Sin embargo, es pertinente mencionar lo dispuesto en el artículo 77, numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador (2008) que señala:

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.

Se puede comprender entonces, que por el principio de supremacía constitucional la finalidad de la prisión preventiva, debe ser interpretada desde la Constitución de la República del Ecuador, y a la luz de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por el Ecuador, que son parte de la Constitución, por formar parte del bloque de constitucionalidad, misma que se encuentra acorde a lo dispuesto en el artículo 534 del COIP.

En esta línea, la Corte Constitucional del Ecuador, en sentencia No. 8-20-CN/21 (2021), ha establecido en su *ratio decidendi*, específicamente en el párrafo 40, que:

La prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas (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”. Por lo que, en ningún caso, puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena. (Pág.9)

Por consiguiente, la prisión preventiva, no tiene como finalidad lo dispuesto en el Art. 519 del Código Orgánico Integral Penal, pese a que se considera una medida cautelar, sino que única y exclusivamente lo dispuesto en la normativa constitucional y lo establecido en la jurisprudencia relevante.

Para una mejor comprensión se presenta el siguiente cuadro:

Tabla 7. Finalidades de la prisión preventiva.

FINALIDADES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES, Art. 519 COIP	PRISIÓN PREVENTIVA, Art. 534
Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.	NO
Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.	PARCIALMENTE, YA QUE NO TIENE POR FINALIDAD LA REPARACIÓN INTEGRAL.
Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.	NO

Garantizar la reparación integral a las víctimas.	NO
---	----

Fuente: Código Orgánico Integral Penal (2014)
 Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno

De este modo se puede entender como primera finalidad de la prisión preventiva, como medida cautelar en el proceso penal, el asegurar la presencia del procesado durante el proceso penal. Es decir, si existen razones fundadas para creer que el acusado podría evadir la acción de la justicia y no comparecer ante el tribunal, la prisión preventiva puede ser utilizada para garantizar su presencia (Ferrajoli, 1995). Al mantenerlo bajo custodia, se evita el riesgo de que el acusado se sustraiga a la acción de la justicia y no se presente a las audiencias o al juicio. Esto permite que el proceso se desarrolle de manera adecuada y se cumplan los fines del mismo, que esencialmente es la emisión de una sentencia condenatoria o ratificatoria de inocencia que ponga fin al proceso.

Así mismo, la prisión preventiva cumple una segunda finalidad que es, asegurar el cumplimiento de la pena, en el caso de que el acusado sea condenado. Si se determina que existe un riesgo de fuga o de obstrucción a la justicia, la imposición de la prisión preventiva, estará justificada y cumplirá con los principios de necesidad y excepcionalidad.

En conclusión, la finalidad de la prisión preventiva es garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal y el cumplimiento de la pena, y que para su imposición se deben observar los principios de excepcionalidad y de necesidad en el marco del respeto al debido proceso y a la garantía de presunción de inocencia, por cuanto la privación de la libertad constituye la restricción más gravosa y en ningún caso puede constituirse en una pena anticipada.

Requisitos normativos para ordenar la prisión preventiva

Antes de identificar los requisitos normativos necesarios para dictar la prisión preventiva, primero debemos señalar que para poder ordenar cualquier medida cautelar, se deben cumplir ciertas reglas generales, al amparo de lo dispuesto por el artículo 520 del Código Orgánico Integral Penal (2014), especialmente la contemplada en el numeral 2 que dispone: “(...)que para su imposición se requiere solicitud

fundamentada de la o el fiscal”. Esto es que la solicitud debe estar debidamente motivada, para que la medida cautelar pueda ser ordenada por el juzgador, previo observar los requisitos legales establecidos en la normativa, en concordancia con lo establecido por el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que señala:

(...) la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.; 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.; 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.; 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial.

Dichos requisitos deben ser analizados de forma minuciosa por parte del juzgador ya que tienen una condición *sine qua non* para la imposición de la prisión preventiva, en vista de que esta medida cautelar es excepcional; así también obliga a las sujetos procesales, especialmente a la defensa, a realizar un análisis y verificación del cumplimiento de cada requisito para la imposición de la prisión preventiva y a falta de una debida fundamentación por parte de la fiscalía, la defensa podrá oponerse a la solicitud de ordenar la prisión preventiva, por cuanto no cumpliría los parámetros legales exigidos, ejerciendo de este modo, tanto el derecho a la defensa, como dando cumplimiento al principio de contradicción.

En este orden, la Corte Constitucional del Ecuador en Sentencia No. 8-20-CN/21 (2021), ha establecido en su *ratio decidendi*, en relación a los requisitos de la prisión preventiva que:

(...) es preciso dejar claro que no basta con que estos requisitos se cumplan únicamente al momento de dictar la medida de prisión preventiva, pues la grave intromisión en las esferas de libertad del procesado debe mantener su justificativo constitucional a lo largo de toda su vigencia. Esto debido a que el transcurso del tiempo, efectivamente, puede provocar que la prisión preventiva se torne arbitraria, incluso si al momento de su adopción no existía tacha alguna. (Pag.10)

De este modo, para la Corte Constitucional del Ecuador, no basta que los requisitos para imponer la prisión preventiva se justifiquen y verifiquen debidamente al momento de la solicitud por parte de fiscalía, sino que, además, deben mantenerse justificados a lo largo del tiempo que dure esta medida cautelar, porque de no ser así se tornaría arbitraria e ilegítima la prisión preventiva y consecuentemente habría una grave vulneración al derecho de libertad. Lo anterior implica, que, en caso de comprobarse,

y en cualquier momento de la ejecución de la prisión preventiva, que no se cumple con alguno de los requisitos, correspondería al juzgador revocar la orden de prisión preventiva por cuanto está obligado a vigilar el cumplimiento de las medidas cautelares, al amparo de lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 520 del COIP.

Por ello, desde el campo doctrinario se ha considerado que los requisitos para ordenar la prisión preventiva deben responder a criterios o principios como la idoneidad, necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, toda vez que, al momento de emitir la resolución por parte del juzgador, este, debe analizar cada requisito y desarrollarlo de forma motivada en la resolución que emita (Acosta B. , 2015).

Ahora bien, una vez establecidos cuales son los requisitos normativos para ordenar la prisión preventiva, es pertinente analizar cada requisito, según lo establecido en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal (2014), que se desarrolla en el siguiente cuadro:

Tabla 8. Requisitos para la aplicación de la prisión preventiva.

<p>1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción:</p>
<p>Para imponer la prisión preventiva se requiere que existan elementos de convicción suficientes que permitan evidenciar la existencia del delito de ejercicio público de la acción. Estos elementos pueden ser indicios, testimonios u otros medios que permitan considerar que se está frente al procesamiento de un delito, adicionalmente se debe considerar que, la prisión preventiva solo es admisible para delitos de ejercicio público de la acción, en virtud de lo contemplado en el numeral 4 del artículo 647 del COIP.</p>
<p>2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva:</p>
<p>Al referirse a los elementos de convicción, estos deben señalar con cierto grado de certeza si la persona procesada puede ser considerada como autor o cómplice en la comisión de la infracción, para ello se deberá remitir a los preceptos legales dispuestos en el capítulo tercero del COIP donde se singulariza las formas de participación sean estos: autores o cómplices. Consecuentemente, corresponde al</p>

fiscal, identificar la forma correcta y singularizada de la participación de cada investigado, con base a los elementos de convicción que deben ser claros, precisos y, sobretodo, debidamente justificados. Es preciso recalcar que los indicios no son suficientes para la solicitud de prisión preventiva, pues un indicio solo constituye una referencia en el proceso penal.

3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena:

Este requisito podría ser contrario a los principios de necesidad y excepcionalidad, toda vez que, para que la fiscalía solicite la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva, basta con que tenga meros indicios de que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes, cuando en aplicación de los principios de necesidad y excepcionalidad, correspondería a fiscalía demostrar y fundamentar que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado en la etapa de juicio, y para esto fiscalía debería contar con elementos suficientes de convicción que respalden la solicitud de prisión preventiva, que sustenten y de las que se desprenda, que es estrictamente necesario y excepcional, la imposición de tal medida. Haciendo notar que, a mi criterio, el arresto domiciliario debería ser considerado una medida cautelar privativa de libertad. De esta manera, la fiscalía con base a los elementos de convicción debe fundamentar los motivos por los cuales el procesado merece la prisión preventiva. Es decir, justificar la finalidad de la prisión preventiva con base a los hechos y elementos del caso en concreto.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año:

La prisión preventiva solo cabe en delitos sancionados con pena privativa de libertad. En los delitos sancionados únicamente con penas restrictivas de derechos de propiedad, la prisión preventiva no puede ser aplicada. Esto significa que, si el delito cometido tiene una pena mínima establecida por la ley de un año o más de privación de libertad, el juez tiene la facultad de ordenar la prisión preventiva mientras se lleva a cabo el proceso judicial, sin embargo, este requisito, iría en contra del principio de proporcionalidad, debido a que, conforme la doctrina y la

jurisprudencia, esta medida debería reservarse para los delitos más graves, mientras que el requisito exige una condición mínima, como es que el delito sea sancionado con al menos una pena privativa de libertad superior a un año.

Fuente: Código Orgánico Integral Penal (2014)
Adaptado por: Cristhian Javier Moreno Moreno

Con base a todos los requisitos el juzgador deberá valorar cada elemento de convicción presentado por parte de la fiscalía, para ordenar la prisión preventiva, y con base a todo lo expuesto por los sujetos procesales en la audiencia de calificación de flagrancia y/o formulación de cargos. Consecuentemente esta resolución debe ser debidamente motivada con base a lo dispuesto en la constitución y en la Sentencia 1158-17-EP/21, la cual versa sobre la garantía de la motivación, donde el juzgador debe analizar el caso expuesto desde los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad.

Es importante destacar que los requisitos para ordenar la prisión preventiva son generales y deben ser interpretados y aplicados por los jueces de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso. Además, la doctrina y la jurisprudencia establece que la prisión preventiva debe ser necesaria, proporcional y excepcional por cuanto se debe dar prioridad a otras medidas cautelares menos gravosas, siempre que sean suficientes para asegurar los fines del proceso penal.

Por todo lo expuesto, se puede comprender que los requisitos normativos para ordenar la prisión preventiva, se encuentran establecidos en el artículo 520 y 534 del COIP, y que dichos preceptos legales obligan al titular de la acción pública, en este caso a la fiscalía a justificar y fundamentar con elementos de convicción claros y precisos, para que pueda operar la prisión preventiva o a su vez se emita medidas cautelares alternativas; esta fundamentación es un ejercicio argumentativo que debe ser expuesto desde los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad, toda vez que el juzgador al final deberá valorar cada requisito y resolver lo que en derecho corresponda.

Análisis de los parámetros desarrollados en la sentencia No.8-20-CN/21

En la sentencia No. 8-20-CN/21, emitida por el Pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, el 18 de agosto de 2021, que versa sobre la limitación y sustitución de la

prisión preventiva, la Corte Constitucional desarrolla y plasma aspectos relevantes sobre el uso y los principios que deben considerarse para la aplicación de la prisión preventiva en el Ecuador.

En el primer aspecto relevante de la sentencia, se explica que en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de *última ratio* que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional. Caso contrario, la imposición de esta medida supone una restricción injustificada y arbitraria.

Como segundo aspecto se resalta que, aunque el legislador puede desarrollar procedimientos para sustituir la prisión preventiva, estos procedimientos no pueden impedir la posibilidad de revisar esta medida cautelar cuando deje de estar justificada constitucionalmente. Así se evitará que la medida cautelar de prisión preventiva sea irracional, inflexible o inalterable.

Finalmente, en el voto concurrente, del Ex Juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría, se explica que cualquier medida que limite los derechos de las personas debe estar plenamente justificada, basándose en un análisis riguroso de los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Además, concluyó que los principios de derecho penal mínimo, de presunción de inocencia y otros principios constitucionales, demandan que la regla general debe ser permitir que las personas en proceso penal puedan defenderse en libertad.

En consecuencia, y bajo estas consideraciones, se debe analizar la sentencia, especialmente su *ratio decidendi*, con relación a los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad en la aplicación de la prisión preventiva; argumentos que son desarrollados por la señora jueza ponente Karla Andrade Quevedo y por el ex juez constitucional Ramiro Ávila Santamaría en su voto concurrente.

Para entender e identificar los parámetros y hacer una crítica con la normativa vigente es pertinente realizar la siguiente tabla de análisis:

Tabla 9. Análisis relevante de los parámetros de la Sentencia 8-20-CN/21.

Principio de excepcionalidad en la sentencia 8-20-CN/21
--

“Párrafo 38: A consideración de la Corte Constitucional, en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria.; **Párrafo 40:** En decisiones anteriores, esta Corte ya ha establecido que la Constitución contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas (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”. Por lo que, en ningún caso, puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena.; **Párrafo 41.-** Adicional a ello, el principio de excepcionalidad establecido por el artículo 77 numeral 1 de la CRE y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exigen que la prisión preventiva no constituya la regla general, sino una medida personal de última ratio”.

Análisis relevante sobre el principio de excepcionalidad, en la normativa penal sobre la prisión preventiva

La Corte Constitucional del Ecuador establece que la prisión preventiva es una medida excepcional toda vez que así lo considera la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 77 numeral 1 y el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sin embargo, es preciso señalar que el artículo 77 numeral 1 señala que: “1. (Sustituido por el Anexo No. 2 de la Pregunta No. 2 de la Consulta Popular, efectuada el 7 de mayo de 2011, R.O. 490-S, 13-VII-2011). - La privación de la libertad no será la regla general (...).” Por ello, al referirnos a la regla general no siempre indica ser la excepción, sino que su cobertura es más amplia, mientras que el término “excepcionalidad” se limita únicamente a aquellos casos que lo requieran estrictamente. De esta manera, aunque la Constitución de la

República del Ecuador no incluye de manera explícita el principio de excepcionalidad, este principio es respetado y aplicado por el bloque de constitucionalidad, ya que se encuentra recogido en instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por el Ecuador, y la jurisprudencia relevante, que, por ser más favorables a los derechos humanos, prevalecen incluso sobre la Constitución de la República. En el mismo sentido el Art. 534 del COIP, reformado y publicado en el Registro Oficial 279 del 29 de marzo de 2023, si recoge la excepcionalidad como una característica de la prisión preventiva. Ahora bien, dentro del mismo Art. 534 del COIP, específicamente el numeral 3, nos habla que uno de los requisitos para imponer la prisión preventiva, que consiste en que fiscalía cuente con indicios de que las otras medidas cautelares alternativas son insuficientes. Lo cual a criterio de este investigador es contrario al principio de excepcionalidad, en virtud de que los indicios se catalogan como referencias que no dan certeza de algo específico, real o concreto, por tanto, si el fiscal solo se basa en indicios para sostener que las otras medidas alternativas son insuficientes, habría una vulneración de la condición de *ultima ratio* de la medida cautelar de prisión preventiva, pues, como señala la Corte Constitucional, esta medida es excepcional y se justifica como necesaria solo cuando persigue fines legítimos.

Principio de proporcionalidad en la sentencia 8-20-CN/21

“**Párrafo 38:** (...) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria.; **Párrafo 46.** Más aun, incluso si no existen hechos o evidencias nuevas, el mero transcurso del tiempo puede alterar el examen inicial de proporcionalidad de la medida adoptada previamente. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el peso del reclamo de libertad del procesado aumenta, justamente, con el paso del tiempo, a diferencia del interés constitucional detrás del procesamiento penal efectivo.; **Párrafo 47:** En la misma línea, el artículo 77 numeral 9 de la CRE ha establecido un plazo máximo de caducidad de la prisión preventiva fuera del cual la salvaguarda de la eficacia del proceso penal nunca puede ser proporcional frente a la restricción a los derechos del procesado. 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”.

Análisis relevante sobre el principio de proporcionalidad, en la normativa penal sobre la prisión preventiva

Los argumentos esgrimidos por la Corte Constitucional, el principio de proporcionalidad sopesa entre los fines o eficacia del proceso Vs. la afectación del derecho a la libertad que sufre el procesado, con el fin de que la prisión preventiva no se torne injustificada. En este orden, la proporcionalidad actúa como un examen de verificación a lo largo del proceso o mientras dure la medida cautelar de prisión preventiva, ya que, los hechos o elementos de convicción que motivaron la imposición pueden variar y en consecuencia de ello la prisión preventiva debe revocarse. Por otro lado, la Corte señala que este principio actúa como salvaguarda frente al tiempo que dure la medida cautelar de prisión preventiva. Por esta consideración, este investigador considera que el artículo 534, numeral 4 del COIP, es contrario al principio de proporcionalidad, ya que el requisito para ordenar la prisión preventiva consiste en que el delito sea sancionado con penas mayores a un año; y esto conllevaría que para la mayoría de los delitos se pueda ordenar prisión preventiva, incluso en los delitos menores como Hurto, Abuso de confianza, tenencia ilegal de sustancias en mínima escala, entre otros; si bien dichos delitos son sancionados con penas privativas de libertad, no se comparan con delitos graves como el delito de Violación, Genocidio, Asesinato, entre otros, por ende, el aplicarse la prisión preventiva en estos delitos menores sería desproporcional y tornaría la medida como arbitraria.

Principio de necesidad en la sentencia 8-20-CN/21

“Párrafo 38: La prisión preventiva es una medida cautelar de última ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva

supone una restricción injustificada y arbitraria.; **Párrafo 41:** Por otra parte, en vista de que para que la prisión preventiva sea justificable constitucionalmente es preciso que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado sea necesaria y no existan otras medidas cautelares menos gravosas que igualmente permitan cumplir el fin constitucional pretendido, el artículo 77 numeral 11 de la Constitución exige que los jueces apliquen las “medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley”.

Análisis relevante sobre el principio de necesidad, en la normativa penal sobre la prisión preventiva

La Corte Constitucional del Ecuador en referencia al principio de necesidad, indica que el mismo actúa como mecanismo de control o verificación, cuando las medidas alternativas a la prisión preventiva no son suficientes para cumplir los fines del proceso penal, tornando necesario aplicar la prisión preventiva; pero la Corte deja señalado que todas las medidas cautelares tienen una finalidad, por ello se debe optar por aplicar las medidas menos severas o rigurosas, en concordancia con lo que establece el artículo 77 numeral 11 de la Constitución de la República del Ecuador. El requisito contemplado en el numeral 3 del Art. 534 del COIP, es contrario a lo señalado por la Corte, toda vez que dicho numeral hace referencia a que fiscalía requiere, únicamente, indicios de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes, que sin duda afecta el principio de necesidad, por cuanto, la necesidad implica una condición insuperable o ineludible que impide aplicar medidas menos gravosas, por insuficientes, y consecuentemente, la fiscalía debería contar con elementos de convicción suficientes para demostrar, que las medidas cautelares adicionales son insuficientes. Tanto la Constitución de la República del Ecuador, la jurisprudencia relevante como la doctrina, establecen que el principio de necesidad supone que deben aplicarse las medidas cautelares menos gravosas preferentemente. Por ello en el caso de que se solicite la prisión preventiva deberá ser debidamente justificada y sustentada en elementos de convicción suficientes y referentes a los hechos, y no por indicios que hagan suponer que las medidas alternativas son insuficientes; todo esto en el contexto del debido proceso y la necesidad de aplicar la prisión preventiva como una medida extrema y de *ultima ratio*.

Argumentos vertidos en el voto concurrente del ex Juez Constitucional Ramiro Ávila Santamaria en la sentencia 8-20-CN/21

“**Párrafo 7.** La otra visión tiene que ver con el garantismo penal, que pregona el uso racional, excepcional, mínimo del poder punitivo. En esta lógica, tanto la función legislativa como la jurisdiccional tienen como objetivo y principal función limitar el poder punitivo que está en manos de la función ejecutiva. La historia del sistema penal en el mundo y en el Ecuador nos enseña que, cuando no hay límites al poder punitivo, se producen graves y sistemáticas violaciones a los derechos de las personas, como los genocidios, las torturas, las detenciones arbitrarias, el hacinamiento carcelario, los malos tratos, el abuso de la privación de libertad sin condena.; **Párrafo 16.** La prisión preventiva es una de las instituciones más abusadas en la historia de la región y de nuestro país. ILANUD llamó la atención sobre el drama de la prisión preventiva en los años 80. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que era un problema acuciante en Ecuador en los años 90. Y el problema sigue existiendo actualmente y a pesar de los principios constitucionales.; **Párrafo 19.** La prisión preventiva no debe depender del cumplimiento de requisitos formales, como si fuera un ejercicio matemático, tales como el caso consultado o si se demuestra arraigo. El juez o jueza tiene que mirar caso por caso. Puede ocurrir que un caso de muerte o de delitos graves existan garantías efectivas para que se cumplan los fines del proceso sin necesidad de privar de libertad a la persona procesada.; **Párrafo 20.** 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. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente.; **Párrafo 21.** Toda medida restrictiva de derechos debe ser estrictamente justificada, como la prisión preventiva. Una de las formas de analizar la justificación es a través del análisis de proporcionalidad,

necesidad y excepcionalidad. Se podría considerar, a primera vista, que cuando la infracción es grave, del tipo muerte, genocidio, violación y más delitos que impliquen violencia contra las personas, la restricción de libertad podría tener asidero”.

Análisis relevantes del voto concurrente en relación a la prisión preventiva.

Los argumentos esgrimidos por el Dr. Ávila Santamaria, son críticos sobre el uso de la prisión preventiva. En las consideraciones el jurista expone que el garantismo penal está llamado a contener el poder punitivo cuando existan abusos por parte del sistema penal en relación de los derechos humanos. Partiendo de esa concepción, el jurista analiza la prisión preventiva, como una figura que ha sido mal usada a nivel nacional como internacional, como se refleja en múltiples fallos que ha emitido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los cuales se establece sanciones y reparaciones por la vulneración del derecho a libertad en el contexto de la prisión preventiva. Ahora bien, nuestra legislación ha tratado de adecuar la normativa a los preceptos o disposiciones emitidos por el SIDH, sin embargo, en nuestro país, el Código Orgánico Integral Penal, a raíz de la reforma del Art. 534, del 29 de marzo de 2023, recoge los principios estudiados para la imposición de la prisión preventiva, aunque, en la misma normativa, tanto en el numeral 3 como en el 4, que hacen alusión a los requisitos para la imposición de la prisión preventiva, son contrarios a dichos principios, es por ello que Ávila, menciona que la prisión preventiva no debe depender del cumplimiento de los requisitos como si fuera un ejercicio matemático, sino debe aplicarse desde los principios de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Por otro lado, una consideración imprescindible de la presente sentencia, es el arraigo que, en muchos casos, para la no imposición de la prisión preventiva, la fiscalía solicita para justificar la que el procesado tiene un domicilio fijo, trabajo, entre otros; pero esto es contrario a los principios toda vez que no existe norma expresa que justifique esta solicitud o presentación del arraigo, sin perjuicio de que rompe el principio de presunción de inocencia. Esto denota también una clara vulneración de los derechos humanos y principios en los que debe fundamentarse la prisión preventiva. Por último, el ex juez constitucional, hace referencia que la medida cautelar de prisión preventiva debe ser justificada desde los principios referidos, toda vez que se debería imponer cuando existan infracciones graves mas no cuando los delitos sean menores.

Fuente: (Limitación a la Sutiución de la Prisión Preventiva, 2021)
Adaptando por: Cristhian Javier Moreno Moreno

Por los argumentos esgrimidos en la sentencia, se puede inferir que la prisión preventiva, debe ser analizada y resuelta considerando los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, entre otros, toda vez que, la restricción de libertad es una medida severa que afecta directamente el derecho a la libertad. Y es por ello que esta medida cautelar de *ultima ratio* debe ser analizada cuidadosamente cumpliendo cada parámetro normativo, a partir del bloque de constitucionalidad, doctrina y normativa penal, sin embargo, la normativa penal específicamente los numerales 3 y 4 del Art. 534 del COIP, son contrarios a lo ordenado por la doctrina y la jurisprudencia, es decir, no se recoge en dichos numerales la aplicación de los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad.

Debe entenderse que el bloque de constitucionalidad que se compone por los diferentes tratados, convenios y sentencias emitidos por el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, ha desarrollado jurisprudencia sobre la prisión preventiva, a raíz de múltiples violaciones de derechos fundamentales, tales como: Tibi Vs. Ecuador; Carranza Alarcón vs. Ecuador, Barreto Leiva Vs. Venezuela, entre otros casos relevantes; en dichos pronunciamientos y tratados, se ha hecho énfasis en el abuso de la prisión preventiva, que sin bien es una medida cautelar que persigue fines procesales no punitivos, en muchos países de la región ha sido abusada de forma sistemática, por ende, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, ha planteado que esta medida debe ser observada desde la excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, entre otros principios.

Desde el aspecto doctrinario y jurisprudencial cada uno de estos principios ha sido desarrollado de manera exhaustiva, puesto que su contenido se enfoca a la limitación de la prisión preventiva, para que dicha medida no se convierta en irracional e ilegítima y el poder punitivo no se desborde y trasgreda el derecho a la libertad; en cuanto a su alcance estos principios son fundamentales para proteger los derechos y libertades individuales en situaciones en las que el Estado busca restringir o limitar el ejercicio de los derechos, como en el caso de la adopción de medidas cautelares o, en general, en el contexto del derecho penal.

En el campo normativo interno, es decir, en nuestra legislación penal la prisión preventiva es parte de las medidas cautelares, caracterizada por ser una medida da *ultima ratio*, misma que debe justificarse conforme a los parámetros establecidos en la Constitución de la República del Ecuador, específicamente lo dispuesto en el artículo 77, numeral 1; y en el Código Orgánico Integral Penal; por lo cual nuestra normativa debe adecuarse a los pronunciamientos jurisprudenciales, tanto de la Corte Constitucional del Ecuador, como a la jurisprudencia internacional relevante.

CAPÍTULO V

REFLEXIONES FINALES

Conforme la investigación desarrollada, en el presente capítulo, se plasman las reflexiones finales que emergieron del presente trabajo investigativo; para ello, por cada objetivo específico propuesto fue necesario revisar la doctrina, la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, donde se conoce el alcance y contenido de los principios que regulan la prisión preventiva así como la normativa penal interna donde se aborda los requisitos y finalidades, de esta medida cautelar; todo esto con el objetivo general de llegar a determinar si la normativa sobre la prisión preventiva cumple con los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad establecidos en la Sentencia No. 8-20-CN/21 y la jurisprudencia internacional relevante, por ello, con la investigación realizada se depreden las siguientes:

Conclusiones

Partiendo del primer objetivo en el cual se buscó conocer el contenido y alcance de los principios de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad en relación a la prisión preventiva, se puede mencionar de manera general que el contenido de dichos principios como mandatos de optimización, buscan garantizar el debido proceso, frente al abuso o el desborde del poder punitivo del Estado, en la aplicación de la prisión preventiva; mientras que su alcance es proteger los derechos de las personas procesadas con la finalidad de evitar la prisión preventiva se vulva ilegítima y arbitraria; y así cumpliendo que dicha medida sea una excepción y no la regla general, por cuanto es deber garantizar que las personas sean privadas de su libertad solo cuando sea estrictamente necesario. Por ello estos principios son fundamentales para mantener un sistema de justicia equitativo, respetuoso de los derechos humanos y basado en el Estado constitucional de derechos y justicia.

En cuanto al segundo objetivo, se pudo concluir que las finalidades y requisitos de la prisión preventiva, se encuentran establecidos en los artículos 520 numeral 2 y 534 del Código Orgánico Integral Penal. En un primer momento, referente a las

finalidades de la prisión preventiva se llega a determinar que esta sirve para garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal y el cumplimiento de la pena, esto significa que la prisión preventiva no será utilizada como medio de coerción o con fines punitivos, sino netamente con fines procesales. En un segundo momento, se llega a determinar que para la imposición de la prisión preventiva se establecen cuatro requisitos, de los cuales el 3 y 4 no guardan relación con el principio de necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad, respectivamente; en este sentido, se podría mencionar que no se acoge lo dispuesto en la jurisprudencia relevante, toda vez que la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 8-20-CN/21, ha establecido que los parámetros sobre los cuales debe dictarse la prisión preventiva deben ser los mínimos exigidos por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y que esto evitara que dicha medida cautelar se convierta en arbitraria e ilegítima, esto conlleva a que el juzgador analice cada caso en concreto y luego de ese análisis exhaustivo y minucioso imponga como medida cautelar la prisión preventiva o a su vez una de las medidas cautelares alternativas.

Entonces, en la presente investigación se evidencia que la normativa penal sobre la prisión preventiva específicamente en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, si bien recoge los principios proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad como causas de justificación de la prisión preventiva, esto a raíz de la reforma hecha el 29 de marzo de 2023, sin embargo, es pertinente mencionar que cada principio esta concatenado con el otro, y estos actúan de forma conjunta, por ello, su aplicación debe ser sistemática toda vez que su finalidad es la protección de derechos, pero, lo dispuesto en los numerales 3 y 4 del artículo 534 no se adecuan a los principios estudiados en el contexto de la sentencia No. 8-20-CN/21, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador, así como la jurisprudencia Internacional emitida por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez que el numeral 3 afecta directamente los principios de necesidad y excepcionalidad mientras que el numeral 4 es contrario o afecta el principio de proporcionalidad.

Reflexiones

En un primer momento se invita a la sociedad a que puedan asistir a las audiencias estas sean la de formulación de cargos o calificación de flagrancias para que escuchen los argumentos tanto de fiscalía como titular de la acción pública como de

la parte procesada; y, consecuentemente escuchen las decisiones que emita el juzgador en la respectiva audiencia. Al momento de aplicar o negar la prisión preventiva; esto ayudará a generar conocimiento en la sociedad sobre las medidas cautelares y saber cómo y cuándo se aplican conforme a hechos, pruebas o indicios; esto sin duda, ayudará a que el populismo penal no se desborde en redes sociales y medios de comunicación y no se criminalice las actuaciones de jueces, fiscales y abogados.

En cuanto al derecho como ciencia, es necesario reflexionar sobre lo que implica que la prisión preventiva y como debe ser revisada y analizada desde el bloque de constitucionalidad, jurisprudencia y normativa penal, por cuando, esta medida cautelar es una de las más gravosas por cuanto se impone a una persona procesada que mantiene un estatus de inocencia; por ello esta medida debe ajustarse a los parámetros de proporcionalidad, excepcionalidad y necesidad entre otros principios, y para ello debe realizarse un cambio normativo en lo que respecta a los numerales 3 y 4 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal. Con la finalidad que dicha medida no se convierta en ilegítima o arbitraria.

Para la Universidad Iberoamericana del Ecuador, y para las otras casas de estudio es pertinente sugerir que se debe impartir las cátedras de derecho penal, derecho procesal penal con énfasis en las privaciones de libertad, bajo un contexto de los derechos humanos, tomando en cuenta una reseña histórica sobre los casos en los cuales la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sancionado al Ecuador por haber vulnerado derechos humanos en la aplicación desmedida de la prisión preventiva. Así mismo es menester sugerir que desde el profesorado se incentive a los estudiantes a que asistan a charlas, seminarios, talleres y desarrollen investigaciones sobre la prisión preventiva en el contexto de las masacres carcelarias que han sacudido el país.

Para los futuros investigadores, se sugiere que desde la academia tomen como punto de partida esta investigación la cual abre las puertas para que se profundice los estudios de la prisión preventiva ya desde un enfoque cuantitativo y empírico es decir se sugiere que los futuros estudios de la prisión preventiva se los desarrolle sobre casos específicos donde se haya irrespetado el debido proceso y consecuentemente se haya abusado de la prisión preventiva; estas futuras investigaciones sin duda

ayudarán a tener conocimiento sobre cuántos casos en el Ecuador la prisión preventiva ha cumplido fines punitivos o fines procesales.

En la administración de justicia, se recomienda que el Consejo de la Judicatura, implementar desde la Escuela de la Función Judicial realice constantes capacitaciones a los fiscales, jueces y abogados defensores sobre las finalidades, requisitos y principios que operan para imponer la prisión preventiva y las medidas cautelares alternativas, estas charlas o seminarios deben ser desarrollados desde el contexto de la jurisprudencia emitida por la Corte Constitucional del Ecuador y por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, toda vez, que estos pronunciamientos son de obligatorio cumplimiento.

Finalmente, como futuro abogado de los juzgados y tribunales de la República del Ecuador, esta investigación me ha demostrado que la normativa debe estar sujeta a la interpretación de los principios pues estos cumplen una función indispensable en el debido proceso, el cual es tutelar los derechos humanos, es por ello que la prisión preventiva en nuestro país debe ser aplicada desde los aspectos dogmáticos del derecho. Por otro lado, es necesario que dentro del prisión preventiva se conozca a profundidad la doctrina, la norma; y, la jurisprudencia para posteriormente analizar casos en concreto y verificar si lo establecido en lo dogmático se aplica en casos reales. Sin duda, esta investigación, me servirá en un futuro para desarrollar un trabajo investigativo en el posgrado, sobre la prisión preventiva, analizada desde casos reales con un enfoque empírico.

BIBLIOGRAFÍA

- Absalón, A. (2004). *La construcción del objeto y los referentes teóricos en la investigación social*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.
- Acosta, B. (2015). *El sistema procesal penal*. Quito: Murillo editores.
- Acosta, C. (2022). *La prisión preventiva bajo los estándares de convencionalidad*. Quito: CEP.
- Agudelo-Giraldo, O. (2018). *La pregunta por el método: derecho y metodología de la investigación*. Bogotá: Universidad Católica de Colombia.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (2011). Los Derechos Fundamentales y el Principio de Proporcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11-29.
- Alfonso, T., & Absalón, J. (2004). *La Práctica Investigativa en Ciencias Sociales*. Bogotá: Universidad Pedagógica Nacional.
- Alvarez, G. (2002). *Metodología de la Investigación Jurídica*. Chile: Universidad Central de Chile.
- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación*. Caracas: EPISTEME, C.A.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Quito .
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Asamblea Nacional.
- Barreto Leiva Vs. Venezuela, N.206 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 17 de Noviembre de 2009).
- Beccaria, C. (1764). *De los delitos y las penas*. Madrid: Universidad Carlos III.
- Bedoya, E. (2019). *La aplicación del principio de necesidad en la fijación de la prisión preventiva en la legislación ecuatoriana*. Ambato: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Bernal, C. (2010). *Metodología de Investigación*. Bogotá: PEARSON EDUCACIÓN.
- Cafferata, J. (2011). *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Carranza Alarcón vs. Ecuador, 12.197 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 03 de Febrero de 2020).
- Caso Tibi Vs Ecuador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 07 de septiembre de 2004).

- Castillo, L. (2009). *Excepcionalidad de la Prisión Preventiva en el Ecuador*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Chiriboga, G. (2022). “*Control de convencionalidad, estándares internacionales de derechos humanos sobre la prisión preventiva 2017-2019*”. Quito: Universidad Central del Ecuador.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Personas Privadas de Libertad en el Ecuador*. Ecuador: Inter-American Commission on Human Rights.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Guía Práctica para Reducir la Prisión Preventiva*. Washington: CIDH.
- Cordero, F. (2000). *Procedimiento Penal*. Bogotá: Temis.
- Domínguez, D. (2000). *Ley 24.390 Prisión Preventiva*. Argentina: Juris.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Guidiño, M. (2020). *La prisión preventiva en el delito flagrante en el distrito metropolitano de Quito durante el segundo semestre de 2019*. Quito: Universidad Católica del Ecuador.
- Hernandez, R., Fernandez, C., & Maria., B. (2014). *Metodología de la Investigación*. México: MCGRAW-HILL / INTERAMERICANA EDITORES.
- Hurtado, J. (2010). *Metodología de la Investigación: Guía para la comprensión holística de la ciencia*. Caracas: Quiron.
- Jellinek, G. (2002). *Teoría General del Estado*. Mexico: FCE.
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: Defensoría Pública.
- Limitación a la sustitución de la prisión preventiva, Caso No.8-20-CN (Corte Constitucional del Ecuador 18 de Agosto de 2021).
- Limitación a la Sutiución de la Prisión Preventiva, No. 8-20-CN (Corte Constitucional del Ecuador 18 de agosto de 2021).
- Luis Cordova, A. (21 de 11 de 2022). *Plan V, Hacemos Periodismo*. Obtenido de <https://www.planv.com.ec/ideas/ideas/quienes-ganan-con-la-inseguridad-0>
- Muñoz, F. (2010). *Derecho Penal, Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Nacional, A. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi: Asamblea Nacional.
- Nacional, A. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*.
- Naciones Unidas. (1976). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. Naciones Unidas.
- Naciones Unidas. (1990). *Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas*. Naciones Unidas.

- Organización de Estados Americanos. (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. San José Costa Rica: OEA.
- Ozafrain, L. (2016). *Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos*. La PLata: UNALP.
- Parella Satrucuzzi, S. (2006). *Metodología de la investigación cualitativa*. Caracas: FEDUPEL.
- Peña, J. (06 de Marzo de 2023). *oas.org*. Obtenido de EL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIONALIDAD DE LA PRISIÓN: <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>
- Prisión Preventiva, 14-2021 (Corte Nacional de Justicia 15 de Diciembre de 2021).
- Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile, Serie C No. 279 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de mayo de 2014).
- Pullido, C. (2010). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. España: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Resolución, 14-2021 (Corte Nacional de Justicia 15 de diciembre de 2021).
- Resolución No.14-2021, 14-2021 (Corte Nacional de Justicia 15 de diciembre de 2021).
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal- Parte General*. Madrid: CIVITAS.
- Sánchez, F. (16 de Junio de 2019). *Scielo.Peru*. Obtenido de Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: Consensos y disensos.: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2223-25162019000100008#:~:text=Por%20enfoque%20cualitativo%20se%20entien de,Mej%C3%ADa%2C%20como%20se%20cit%C3%B3%20en
- Schiele, C. (2011). *Fuente del Derecho, el papel de la jurisprudencia*. Chile.
- Tantalean, R. (2016). *TIPOLOGÍA DE LAS INVESTIGACIONES JURÍDICAS*. Cajamarca.
- Tapia, 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 Ecuador.
- Vega, H. (2016). *El análisis gramatical del tipo penal*. Barranquilla: En Justicia.
- Vivanco, P. (2015). Las Medidas Cautelares en el Código Orgánico Integral Penal. En R. Avila, *Código Orgánico Inegral Penal, hacia su mejor comprensión y aplicación* (págs. 196-204). Quito: Corporación Editora Nacional.
- Yépez, R. (2016). *La indebida aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar dentro del derecho procesal penal ecuatoriano, en relación a los principios constitucionales*. Quito: Universidad Central del Ecuador.

- Zaffaroni, E. (2020). Penas Ilícitas; un desafío a la dogmática penal. En G. Piva, S. Cornejo, & I. y Guevara, *Selecciones de Dogmática Penal Latinoamericana* (págs. 25,62). Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Zamorano, J. (2008). *uaeh.edu.mx*. Obtenido de Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo: <https://www.uaeh.edu.mx/scige/boletin/prepa4/n2/m4.html#n0>
- Zorilla, M. (2010). Apuntes para una metodología jurídica: la idea de marco teórico. *Revista telemática de filosofía del derecho*, 13-297-310.

ANEXOS

Anexo 1.

DOCUMENTO	ANÁLISIS
Constitución de la República del Ecuador de 2008, Registro Oficial 449, última modificación el 25 de marzo de 2021	<p>“Artículo. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: numeral 14 El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente.</p> <p>Artículo. 76.- 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: numeral 7: El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: literal I) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Artículo. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas: numeral 1. (Sustituido por el Anexo No. 2 de la Pregunta No. 2 de la Consulta Popular, efectuada el 7 de mayo de 2011, R.O. 490-S, 13-VII-2011).- La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las</p>

	<p>medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.; numeral 11. (Reformado por el Anexo No. 2 de la Pregunta No. 2 de la Consulta Popular, efectuada el 7 de mayo de 2011, R.O. 490-S, 13-VII-2011). - La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”.</p>
<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, del 22 de noviembre del 1969).</p>	<p>“Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal: numeral 5: Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.</p>
<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966</p>	<p>“Artículo 9: numeral 3: Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. 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”.</p>
<p>Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Procedimiento en materia Penal (Reglas de Mallorca). (1990)</p>	<p>“Artículo 16.- Las medidas limitativas de derechos tienen por objeto asegurar los fines del proceso. Están destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado, la adquisición y conservación de las pruebas.; Artículo 17: En relación con las medidas</p>

	<p>limitativas de derechos, regirá el principio de proporcionalidad, considerando, en especial, la gravedad del hecho imputado, la sanción penal y las consecuencias del medio coercitivo adoptado. Artículo 20.- numeral 1: La prisión preventiva no tendrá carácter de pena anticipada y podrá ser acordada únicamente como "última ratio". Sólo podrá ser decretada en los casos que se compruebe peligro concreto de fuga del imputado o de destrucción, desaparición o alteración de las pruebas”.</p>
<p>Código Orgánico Integral Penal (Suplemento del Registro Oficial 279, 29-III-2023)</p>	<p>“Artículo 2: Principios generales. - (Reformado por el Art. 1 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII- 2019). - En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código.</p> <p>Artículo 520.- Reglas generales de las medidas cautelares y de protección. - La o el juzgador podrá ordenar medidas cautelares y de protección de acuerdo con las siguientes reglas: numeral 4: Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada.</p> <p>Artículo. 522.- Modalidades. - La o el juzgador podrá imponer una o varias de las siguientes medidas cautelares para asegurar la presencia de la persona procesada y se aplicará de forma prioritaria a la privación de libertad: numeral 6: Prisión preventiva. Artículo 534.- Finalidad y requisitos. (Sustituido por el Art. 88 de la Ley s/n, R.O. 107-S, 24-XII- 2019; y, sustituido por el Art. 87 de la Ley s/n, R.O. 279-S, 29-III-2023).- La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo criterio de última ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se desprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz. Únicamente con la finalidad de garantizar la comparecencia de la</p>

persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.; 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.; 3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena.; 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el presente artículo, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.; De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en ;consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa.; Cuando proceda ordenar la prisión preventiva, en su resolución la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. La resolución contendrá: a.

	<p>Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.; b. Que los elementos aportados por Fiscalía permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.; c. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.</p>
<p>Sentencia No. 8-20-CN/21, de fecha 18 de agosto de 2021, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador (Constitucionalidad del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal relativo a la sustitución de la prisión preventiva, así como la prohibición de la sustitución de la misma)</p>	<p>en su <i>ratio decidendi</i> la Corte Constitucional del Ecuador: establece: “Párrafo 37: “que en la prisión preventiva es una medida cautelar de ultima ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional, puesto que la imposición de esta medida cautelar supone una restricción injustificada y arbitraria” ... “(...)que, a pesar de los parámetros normativos establecidos para la aplicación de la prisión preventiva, esta se constituye como la medida más gravosa que el Estado adopta sin que aun exista previamente una sentencia condenatoria ejecutoriada, para lo cual señala que deben analizarse de forma minuciosa, desde los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, de tal suerte que, la Corte considera que la prisión preventiva no puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena, todo lo dicho en un contexto de ultima ratio” Párrafo 38: Así, a consideración de esta Corte Constitucional, en la prisión preventiva existe una clara tensión entre la salvaguarda de la eficacia del proceso penal y la garantía misma de los derechos del procesado. Es por ello que la prisión preventiva es una medida</p>

cautelar de última ratio que únicamente es justificable desde una perspectiva constitucional si (i) persigue fines constitucionalmente válidos tales como los establecidos en el artículo 77 de la CRE; (ii) es idónea como medida cautelar para cumplir estas finalidades; (iii) es necesaria al no existir medidas cautelares menos gravosas que igualmente puedan cumplir la finalidad que la prisión preventiva persigue; y, (iv) si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afectación en las esferas de libertad del procesado. De otro modo, la imposición de la prisión preventiva supone una restricción injustificada y arbitraria. **Párrafo 40:** En decisiones anteriores, esta Corte ya ha establecido que la Constitución contempla a la prisión preventiva como una medida excepcional que tiene como finalidades exclusivas (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”. Por lo que, en ningún caso, puede perseguir fines punitivos o de cumplimiento anticipado de la pena. **Párrafo 41:** Por otra parte, en vista de que para que la prisión preventiva sea justificable constitucionalmente es preciso que la restricción a la libertad ambulatoria del procesado sea necesaria y no existan otras medidas cautelares menos gravosas que igualmente permitan cumplir el fin constitucional pretendido¹¹, el artículo 77 numeral 11 de la Constitución exige que los jueces apliquen las “medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley”. **Párrafo 42:** En esa misma línea, la Observación General No. 35 del Comité de Derechos Humanos establece que “los tribunales deberán examinar si las alternativas a la reclusión previa al juicio, como la fianza, los brazaletes electrónicos u otras

medidas, harían que la reclusión fuera innecesaria en el caso concreto”

Párrafo 44. Ahora bien, es preciso dejar claro que no basta con que estos requisitos se cumplan únicamente al momento de dictar la medida de prisión preventiva, pues la grave intromisión en las esferas de libertad del procesado debe mantener su justificativo constitucional a lo largo de toda su vigencia. Esto debido a que el transcurso del tiempo, efectivamente, puede provocar que la prisión preventiva se torne arbitraria, incluso si al momento de su adopción no existía tacha alguna.

Párrafo 45. Así, ante una modificación de las circunstancias que inicialmente fundamentaron la prisión preventiva, es posible que este deje de ser constitucionalmente admisible. En tal sentido, la restricción a la libertad puede tornarse innecesaria por la concurrencia de hechos o evidencias nuevas que provoquen que otras medidas menos gravosas resulten igualmente idóneas para salvaguardar la eficacia del proceso penal.

Párrafo 46. Más aun, incluso si no existen hechos o evidencias nuevas, el mero transcurso del tiempo puede alterar el examen inicial de proporcionalidad de la medida adoptada previamente. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania ha establecido que el peso del reclamo de libertad del procesado aumenta, justamente, con el paso del tiempo, a diferencia del interés constitucional detrás del procesamiento penal efectivo.

Párrafo 47. En la misma línea, el artículo 77 numeral 9 de la CRE ha establecido un plazo máximo de caducidad de la prisión preventiva fuera del cual la salvaguarda de la eficacia del proceso penal nunca puede ser proporcional frente a la restricción a los derechos del procesado. 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. Al respecto, la Corte IDH ha establecido que es tarea del juez analizar periódicamente su proporcionalidad para efectos de determinar si la medida debe mantenerse. En tal sentido, ha establecido: “en los casos de personas detenidas los jueces no tienen que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que los detenidos recuperen su libertad, sino que deben valorar periódicamente que las causas y fines que justificaron la privación de libertad se mantienen, si la medida cautelar todavía es absolutamente necesaria para la consecución de esos fines y si es proporcional. En cualquier momento que la medida cautelar carezca de alguna de estas condiciones, deberá decretarse la libertad. De igual forma, ante cada solicitud de liberación del detenido, el juez tiene que motivar, aunque sea en forma mínima las razones por las que considera que la prisión preventiva debe mantenerse”. **Párrafo 49.** De igual manera, el Tribunal Constitucional de España ha determinado que la incidencia del paso del tiempo en la prisión preventiva exige que se posibilite su revisión en todo momento: “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 (...) la incidencia del paso del tiempo en el sustento de la medida de prisión provisional “obliga a posibilitar

	<p>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”. La particular característica de que los Autos referidos a la situación personal del imputado no alcancen en ningún caso la eficacia de cosa juzgada (...) conlleva que las partes puedan reiterar sus peticiones en esta materia —por más que hubieran sido ya total o parcialmente denegadas— obligando al juzgador a realizar una nueva reflexión sobre la cuestión ya decidida”.</p>
<p>Sentencia No. 8-20-CN/21, de fecha 18 de agosto de 2021, emitida por la Corte Constitucional del Ecuador (Constitucionalidad del artículo 536 del Código Orgánico Integral Penal relativo a la sustitución de la prisión preventiva, así como la prohibición de la sustitución de la misma) Voto concurrente del ex juez Ramiro Ávila Santamaria</p>	<p>“Párrafo 13. 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. Párrafo16: La prisión preventiva es una de las instituciones más abusadas en la historia de la región y de nuestro país. ILANUD llamó la atención sobre el drama de la prisión preventiva en los años 80. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que era un problema acuciante en Ecuador en los años 90. Y el problema sigue existiendo actualmente y a pesar de los principios constitucionales. Párrafo19: La prisión preventiva no debe depender del cumplimiento de requisitos formales, como si fuera un ejercicio matemático, tales como el caso consultado o si se demuestra arraigo. El juez o jueza tiene que mirar caso por caso. Puede ocurrir que un caso de muerte o de delitos graves existan garantías efectivas para que se cumplan los fines del proceso sin</p>

necesidad de privar de libertad a la persona procesada. **Párrafo 20:** 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. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente. **Párrafo 21:** Toda medida restrictiva de derechos debe ser estrictamente justificada, como la prisión preventiva. Una de las formas de analizar la justificación es a través del análisis de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad. Se podría considerar, a primera vista, que cuando la infracción es grave, del tipo muerte, genocidio, violación y más delitos que impliquen violencia contra las personas, la restricción de libertad podría tener asidero. **Párrafo 22:** Cuando se trata de delitos que tienen que ver con la propiedad, como los hurtos o robos sin violencia contra las personas, el restringir la libertad es, a primera vista, desproporcionada. Esto seguro lo entienden mejor quienes ya han vivido la privación de libertad y pueden valorar que estar libres vale más que dinero o cosas. **Párrafo 25:** No voy a agotar los argumentos en contra de la prisión preventiva, pero quisiera formular uno adicional: la igualdad de armas entre las partes en un proceso. Si la prisión preventiva genera una desigualdad de

armas, entonces no es legítima y debería evitarse su uso. **Párrafo 26:** La defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad una de las partes o si está en libertad. Cuando está en libertad, puede presionar a su abogado defensor en su oficina, puede buscar las pruebas, puede tener mejores condiciones para sobrevivir y preparar su defensa. Esto, por ejemplo, lo hacen los fiscales. **Párrafo 27:** Cuando una persona está privada de libertad preventivamente, no puede visitar a su abogado o abogada, está a la merced de lo que quiera hacer el abogado (que muchas veces ni visita ni informa a la persona procesada), sus posibilidades de vida digna se limitan, si está sobreviviendo en la cárcel difícilmente pensará de forma adecuada en su defensa. Por eso hay que atender los fines de la medida cautelar. Si un fin es resguardar los medios de prueba. Que se los resguarden y que luego se disponga la libertad. **Párrafo 35:** El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada. Quien diga que el encierro durante proceso es una mera medida cautelar, que vaya a la cárcel, viva un día y me diga la diferencia entre medida cautelar o condena. La privación de libertad es un padecimiento se la llama como se la llame. La retórica jurídica no altera la realidad deplorable de un encierro. **Párrafo 36:** En suma, el derecho penal mínimo, la presunción de inocencia, la proporcionalidad, la excepcionalidad y más principios constitucionales ordenan que la regla debe ser la posibilidad de que las personas procesadas penalmente se defiendan en libertad. **Párrafo 37:** Si existiría certeza de que las personas podrían defenderse, durante el proceso, en libertad, seguramente no tendríamos tantas fugas y la calidad de la defensa penal mejoraría sustancialmente. Ahora

	<p>sabemos que, como la prisión preventiva es la regla, la gente prefiere huir. Es tiempo de probar lo contrario y contribuir a que existan menos presos en las cárceles y ojalá menos violencia”.</p>
<p>Sentencia Barreto Leiva Vs. Venezuela Caso N.206, Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 17 de noviembre de 2009</p>	<p>“La prisión preventiva se halla limitada, asimismo, por el principio de proporcionalidad, en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquélla debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción” (Pág. 25).</p>
<p>Sentencia Carranza Alarcón vs. Ecuador, caso número 12.197, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 03 de febrero de 2020.</p>	<p>“Del artículo 7.3 de la Convención se desprende que para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: i) que existan elementos para formular cargos o llevar a juicio: deben existir indicios suficientes que permitan suponer razonablemente que un hecho ilícito ocurrió y que la persona sometida al proceso pudo haber participado en el mismo; ii) que la finalidad sea compatible con la Convención, a saber: procurar que la persona acusada no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia y que las medidas sean idóneas, necesarias y estrictamente proporcionales respecto de tal fin y iii) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se</p>

	ajusta a las condiciones señaladas. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención” (Pág.18,19).
Sentencia Pueblo Indígena Mapuche vs. Chile, caso No.279, Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 29 de mayo de 2014	“Mientras se resuelva la situación jurídica del procesado la libertad debe ser la regla general, por cuanto este goza de la garantía de la presunción de inocencia y solo en casos excepcionales dispondrá la prisión preventiva, es decir, cuando se verifique que hay o que puede haber un entorpecimiento en el proceso judicial” (Pág.12).
Resolución Corte Nacional de Justicia No.14-2021, fallo de triple reiteración, de fecha 15 de diciembre de 2021	“Al hablar del principio de excepcionalidad, debemos hacer relación a que, como regla general, las personas son libres individualmente, por lo tanto, todas las medidas cautelares que limitan la libertad son excepcionales y deben ser administradas con sentido restringido en tanto afectan a un derecho de rango constitucional. La excepcionalidad tiene íntima relación con el principio de mínima intervención penal, en lo relativo a la proporcionalidad de las medidas que tengan como efecto restringir la libertad de las personas procesadas. La prisión preventiva, es la medida más coercitiva, consecuentemente debe ser aplicada bajo criterios de ultima ratio, debe ser subsidiaria, es decir se impondrá cuando se considere que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz para asegurar la comparecencia del procesado” (Pág.2). “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.; Art. 2.- La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de

	<p>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.; Art. 3.- La resolución de prisión preventiva debe estar motivada considerando los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y contendrá al menos: 1. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada, se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año. 2. Que los elementos aportados por Fiscalía, permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3. La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para evitar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”.</p>
<p>Libro: El sistema Procesal Penal, Acosta, Bolívar</p>	<p>“A partir de la doctrina se ha considerado que la prisión preventiva, llamada con el termino genérico de detención, constituye una medida cautelar o medida precautelatoria o medida de seguridad que no es inconstitucional sino prevista en ella, que busca preservar la norma penal o vencer el peligro consistente en tratar de instrumentar la inaplicabilidad e impunidad del delito investigado y de retardar la tramitación del proceso” (Pág. 103).</p>
<p>Libro: Teoría de los Derechos Fundamentales; Alexy, Robert</p>	<p>“Los principios son “Normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización” (Pág. 83).</p>
<p>Libro: Derecho Penal, Parte General, Muñoz, Francisco</p>	<p>“Los principios constituyen instrumentos o parámetros para contener el poder</p>

	<p>punitivo del Estado, tomando en cuenta que el derecho penal solo debe ser aplicado en casos muy graves, en aplicación del principio rector de mínima intervención penal, el cual limita al derecho penal de las otras ramas del derecho”(Pág. 345).</p>
<p>Libro: Proceso Penal y Derechos Humanos, Cafferata, José:</p>	<p>“El principio de excepcionalidad a la prisión preventiva ha sido desarrollado en razón del derecho a la libertad, por lo cual es obligación del juzgador determinar si él procesado puede evadir su responsabilidad dentro del proceso judicial penal, ya sea falseando pruebas o no compareciendo al proceso, si se llegará a determinar y fundamentar podrá emitir la orden de prisión preventiva, caso contrario sino se verifica lo dicho se deberá otorgar medidas alternativas, es así que se estaría realizando un ejercicio correcto del principio de excepcionalidad, esto sin duda se sigue discutiendo por cuanto puede o no ser suficiente argumento frente al principio de inocencia” (Pág.67).</p>
<p>Libro: Ley 24.390 Prisión Preventiva, Domínguez, Daniel</p>	<p>“La prisión preventiva, por ser una restricción de libertad que se aplica al sujeto que goza del estado jurídico de inocente, tiene carácter excepcional y solo procede a efectos de garantizar la realización de la justicia o fines del proceso”.(Pág.4).</p>
<p>Libro: La prisión preventiva bajo los estándares de convencionalidad, Acosta, Christian</p>	<p>“El principio de necesidad, constituye uno de los sub-principios del principio de proporcionalidad; en la prisión preventiva el principio de necesidad regula que al momento de dictarse la medida cautelar de prisión preventiva se observe que las medidas cautelares alternativas son insuficientes”(Pág.17).</p>
<p>Libro: El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales, Pullido, Carlos</p>	<p>“El juicio de necesidad de la norma de sanción se desdobra en dos fases: en un primer momento, se orienta a verificar si no existen medios extrapenales suficientemente aptos para proteger al bien jurídico y menos lesivos para los derechos fundamentales afectados por la norma de sanción; en segundo momento, una vez constatado que para</p>

	dicha tutela no resultan suficientes los mecanismos no penales, se trata de establecer que la clase y cuantía de sanción prevista por el legislador sea la mínima necesaria para cumplir con la finalidad preventiva” (Pág.166).
Libro: Principio de mínima intervención, jurisdicción indígena y derechos humanos, Ozafrain, Lisandro	“Este principio, en la parte más elemental, implica que los medios violentos con los que el Estado cuenta para resolver conflictos y llevar adelante sus mandatos deben ser empleados siempre como último recurso, y sólo en caso de estricta e ineludible necesidad”(Pág. 276).
Libro: La prisión preventiva en el Ecuador, Krauth, Stefan	“El principio de proporcionalidad ‘obedece a entregar un equilibrio, entre el daño que irremediablemente éste causa al procesado y una ganancia procesal que es garantizar la comparecencia de la persona procesada” (Pág. 42).
Libro: Fuente del Derecho, el papel de la jurisprudencia, Schiele, Carolina	“Se ha de considerar la jurisprudencia como la doctrina que establecen los jueces y las magistraturas al resolver un hecho en cuestión, es decir los jueces realizan una interpretación de la norma referente al caso en conocimiento” (Pag.89).