

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

<http://dx.doi.org/10.35381/raji.v7i1.1775>

## **La prisión preventiva en América Latina: Un análisis normativo**

### **Pretrial Detention in Latin America: A Normative Analysis**

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez  
[oaortiz32@est.ucacue.edu.ec](mailto:oaortiz32@est.ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, La Troncal, Cañar  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0002-6770-1018>

Edwin Pablo Pérez-Reina  
[edwin.perezr@ucacue.edu.ec](mailto:edwin.perezr@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, La Troncal, Cañar  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0001-6967-639X>

Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel  
[sebastian.ortega@ucacue.edu.ec](mailto:sebastian.ortega@ucacue.edu.ec)  
Universidad Católica de Cuenca, La Troncal, Cañar  
Ecuador  
<https://orcid.org/0000-0002-8477-2715>

Recibido: 10 de enero 2022

Revisado: 10 de marzo 2022

Aprobado: 15 de abril 2022

Publicado: 01 de mayo 2022

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

## RESUMEN

El objetivo de la investigación fue analizar la prisión preventiva como medida cautelar en América Latina y sus efectos en el derecho a la libertad y la presunción de inocencia. Se basó en la revisión bibliográfica - documental de los diferentes artículos indexados en revistas nacionales e internacionales como: Scielo, Redalyc y Dialnet. Al aplicar esta medida se produce un incremento de personas detenidas sin tener una sentencia ejecutoriada, estando a la espera la misma; considerando este particular se produce un incremento en las cárceles de los países causando una sobrepoblación penitenciaria con consecuencias, tales como: violencia dentro de las cárceles o la imposibilidad de una reinserción social de las personas detenidas.

**Descriptor:** Derechos humanos colectivos; derecho de los estados; derecho a la justicia. (Tesoro UNESCO).

## ABSTRACT

The objective of the research was to analyze pretrial detention as a precautionary measure in Latin America and its effects on the right to liberty and the presumption of innocence. It was based on the bibliographic-documentary review of different articles indexed in national and international journals such as: Scielo, Redalyc and Dialnet. By applying this measure, there is an increase in the number of people detained without having an enforceable sentence, while waiting for it; considering this particular, there is an increase in the prisons of the countries causing an overpopulation of prisons with consequences such as: violence inside the prisons or the impossibility of a social reintegration of the detainees.

**Descriptors:** Collective human rights; rights of states; right to justice. (UNESCO Thesaurus).

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

## INTRODUCCIÓN

Dentro del Ecuador y en general América Latina el principal problema de la prisión es su aplicación generalizada por la no observancia de sus requisitos por parte del juez quien la acoge y del fiscal quien la pide, todo esto conlleva al incremento injustificado de la población carcelaria mediante un completo hacinamiento. Ahora, abordando el tema propio de la prisión preventiva debemos partir de sus características de medida cautelar de carácter personal, excepcional, no punitiva, provisional, motivada, proporcionada y sobre todo revocable según las circunstancias propias de cada proceso penal. Su finalidad es asegurar el éxito del proceso a cambio de privar el derecho de la libertad del procesado.

La prisión preventiva es una medida cautelar que el juzgador puede imponer para asegurar la presencia del imputado al proceso siempre y cuando, esta sea propuesta por parte de fiscalía de una manera fundamentada necesaria para su aplicación, basada en varios requisitos que deben cumplirse para otorgar esta medida (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Los derechos de las personas se encuentran plenamente establecidos en la Constitución de nuestro país y al encontrarnos en un estado constitucional de derechos y justicia, se deben respetar los mismos de una manera íntegra, las personas nacen libre y mantendrán este estatus mientras no exista una sentencia ejecutoriada en su contra (Constitución de la República del Ecuador, 2008). En América Latina la prisión preventiva ha tenido una evolución con el transcurrir de los años, en el ámbito penal, los países latinoamericanos han realizado cambios su dogmática penal para de cierta manera basarse en el respeto que debe existir a la presunción de inocencia de los individuos.

Para Perú, esta medida es considerada como la más grave dentro del sistema jurídico penal, por lo tanto, debería ser impuesta solamente en casos excepcionales, es decir, cuando haya la existencia de un peligro procesal, ya sea este por el peligro de fuga del imputado o por la obstaculización de la actividad probatoria. Al encontrarse en un sistema acusatorio se deben respetar los derechos fundamentales de las

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

personas, es decir todo el proceso penal debe estar basado plenamente en la Constitución (Neyra, 2016).

Sobre esto Colombia, en un estudio realizado la fiscalía propone una medida de aseguramiento como la detención preventiva casi como regla general, siendo esta excepcional, solicitando la privación de libertad del sujeto mientras se desarrolle el juicio penal. En el estado colombiano ha existido demandas recibidas por la mala aplicación de la detención preventiva y con esto la vulneración de derechos fundamentales para los sujetos involucrados en un juicio penal (Sorza, 2015).

En México, al igual que en los demás países de América Latina la prisión preventiva y por consecuencia las personas privadas de libertad sin una sentencia condenatoria provocan que exista un hacinamiento en las cárceles del país, representando un gasto significativo al Estado al ser aplicada esta medida de manera irracional y excesiva (Villareal, 2016).

Para Argentina, es considerada poco peculiar la prisión preventiva y lo atribuyen a dos aspectos a considerar, el primero son los medios de comunicación que publicitan ciertos casos inclinando de cierta manera las decisiones judiciales, el segundo son los representantes políticos que al declarar sobre algún caso en particular intervendrían como sujetos extrajudiciales y también influirían sobre los juzgadores limitando sus posibles sentencias. (Kostenwein, 2015a).

Al realizar este análisis normativo de las leyes de diferentes países en torno a la prisión preventiva surge la siguiente pregunta ¿La prisión preventiva en América Latina se está aplicando de manera adecuada? y el objetivo de la investigación fue analizar la prisión preventiva como medida cautelar en América Latina y sus efectos en el derecho a la libertad y la presunción de inocencia.

## **METODOLOGÍA**

Desde la perspectiva metodológica, se basa en la revisión bibliográfica- documental de los diferentes artículos indexados en revistas nacionales e internacionales como: Scielo, Redalyc y Dialnet, de las cuales se seleccionaron artículos sobre la prisión preventiva en Ecuador y distintos países de América Latina con el fin de recopilar

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

información actualizada sobre el objeto de estudio, así como, el análisis de las diversas normativas internacionales necesarias para un aporte científico adecuado. De esta manera, las revisiones bibliográficas han alcanzado importancia para mantener a los investigadores actualizados ya que nos ayuda con el análisis y la síntesis de números artículos escogidos sobre un tema y de esta manera poder evaluar las distintas técnicas utilizadas para la resolución de un problema en relación con el surgimiento y evolución de un tema (Roussos, 2011).

## **ANÁLISIS**

Las reformas procesales penales utilizadas a lo largo del tiempo en los diferentes estados de América Latina causaron gran expectativa respecto al uso de la prisión preventiva en el plano normativo de esta medida cautelar para restringir la libertad personal con fines procesales, dentro de Ecuador la Corte Nacional de Justicia mediante resolución número 14 del año 2021, se reformó la aplicación de la prisión preventiva, los mismos serán desarrollados en la presente investigación.

Los sistemas inquisitivos eran los utilizados en los estados de América Latina durante mucho tiempo, mismo que presentaban la idea de un proceso penal en el cual existían numerosas violaciones a los derechos humanos, presionando al imputado para que se declare en muchos casos culpables de delitos que no cometían. Para los expertos Duce et al. (2009), manifiestan lo siguiente en relación con el sistema inquisitivo:

Esta dinámica de funcionamiento del sistema provocaba que la lógica que estaba detrás de la prisión preventiva impuesta respondiese a la mayor convicción que el tribunal tenía respecto de la responsabilidad del imputado durante la etapa investigativa y el resto del proceso solo era para complementar lo que el juzgado ya tenía conocimiento. (p.19).

En este contexto inquisitorio la prisión preventiva se había convertido en la principal respuesta punitiva del estado en cuanto al delito, dejando a la pena en un segundo plano y aplicando esta medida cautelar de una manera irracional y siendo utilizada casi como una regla general, lo que causó, que existan muchos presos sin una condena en la mayoría de los países de América Latina. Por lo tanto, continuando con los tratadistas Duce et al. (2009) establecen que:

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

En mayor o menor medida según los países y circunstancias particulares de cada región, estos cambios muy contundentes a nivel legal han generado ámbitos propicios para la reflexión y discusión sobre otras cuestiones, tales como la capacitación legal (y en particular la capacitación de los operadores del sistema de justicia penal), la reformulación de los mecanismos de selección de jueces, la problemática presupuestaria y el aumento de los presupuestos de los poderes judiciales (y Ministerios Públicos), la reformulación de la gestión y gobierno de la administración de justicia penal, etc. A este proceso se lo ha presentado como “La reforma procesal penal. (p.18)

De la misma manera, al ser un sistema que se basaba en lo netamente escrito, su duración hacía que los procesos penales sean casi interminables debido a las prolongaciones que se realizaban, evitando la ejecución de una posible pena que sea racional y oportuna para el imputado. Para la década de los años 90, la mayoría de los países de América Latina ha optado por un cambio dentro de su estructura procesal penal al cambiar de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio en lo respecta a la prisión preventiva, intentado garantizar de esta manera que todas las personas posean las garantías mínimas de un debido proceso, y en cuanto a la prisión preventiva, evitar su aplicación desmedida.

La reforma procesal penal y la justicia criminal que se reformó en los países de la región, siendo la prisión preventiva una de las medidas cautelares que mayor preocupación daba, debido a su falta de regulación y el uso desmedido que se le daba, fue criticada en casi todos los países por su extensa duración y que prácticamente era utilizada como una pena anticipada, cambiando la regulación normativa como la manera de ser utilizada la prisión preventiva (Llobet, 2009).

Una de las principales características que se evidencia dentro del sistema acusatorio es el respeto a los derechos fundamentales de las personas y evitar en la posible la vulneración del debido proceso a las personas imputadas en el transcurso del proceso penal, por consecuencia las reformas procesales penales establecidas en diferentes países están íntimamente ligadas a las constituciones de cada una de las naciones (Neyra, 2016).

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

Dentro de las reformas planteadas al cambiar en varios países de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, se garantizó la valorización a las personas de respetar todos los derechos establecidos tanto en la norma jurídica como en sus constituciones al ser esta de mayor jerarquía y pretender que no exista contraposiciones entre las mismas, estableciendo normas de respeto al debido proceso y a la manera en que se debe desarrollar un proceso penal en cualquier situación. Este mismo tratadista Neyra (2016) argumenta lo siguiente:

La prisión preventiva en este contexto era la medida cautelar por excelencia en el sistema de enjuiciamiento inquisitivo, pues al no existir reglas de la presunción de inocencia el hecho que el procesado esté o no libre no iba a desvirtuar su 'presunción de culpabilidad', por lo que no había mayor reparo en privarlo de su libertad, pues de todas formas era culpable (p.4).

Con esta medida, se podría estar configurando el hacinamiento de muchos privados de libertad en las cárceles al encontrarse sin una sentencia ejecutoriada en su contra que dictamine que fue el autor del cometimiento de un delito, ya que al hablar de una eventual ejecución de la pena podemos inferir que el imputado puede ser declarado inocente, sin embargo, de ya haber sido coartado en su libertad mediante la prisión preventiva y causando un sin número de perjuicios tanto económicos como sociales. Efectivamente conforme se viene reiterando, la prisión preventiva única y exclusivamente debe ser utilizada en razón de considerar que la persona imputada pueda darse a la fuga y de esta manera no compareciera al proceso penal, siguiendo la lógica cautelar determinada por un juzgador, pudiendo este, utilizar métodos alternativos que de igual manera pudieran asegurar la presencia del procesado siendo estas menos lesivas.

A pesar de como ya hemos analizado, los avances que se han dado en torno a la prisión preventiva, sigue existiendo siendo un amplio y debatido tema debido a las diferentes controversias que surgen por la aplicación irracional y desmesurada de esta medida cautelar, que en la mayoría de países de la región muchas de las reformas procesales penales no son armónicos con sus propias Constituciones lo que conlleva al desacuerdo en cuanto a la manera y forma de aplicación.

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

## **Presunción de Inocencia.**

La inocencia es un estado constitucional propio de cada individuo dentro de un país garantista de derechos, es así que, en el Ecuador en su Carta Magna en el artículo 76 numeral 2 indica: “2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p.17).

Al respecto y partiendo del análisis jurídico que tiene el artículo mencionado se establece el respeto a una garantía constitucional como es la inocencia en todas las etapas de un proceso penal hasta que exista una sentencia dictada por un juzgador competente en la que se declare la responsabilidad penal del imputado. Además en el artículo 5 del Código Orgánico Integral Penal en su numeral 4, establece: “4. Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario” (Código Orgánico Integral Penal, 2014, p. 9).

Dentro de este contexto, podemos considerar como un estado jurídico constitucional, que pudiera estar en peligro únicamente cuando existan pruebas fehacientes y contundentes del cometimiento de un delito, dándole al imputado un veredicto ejecutoriado declarando culpable. Efectivamente, las personas deben conservar su estatus de inocencia en toda instancia debido a que es un principio constitucional así lo reconoce en su artículo 11 numeral 1, la Declaración universal sobre bioética y derechos humanos DUBDH (ONU, 2005) al indicar, que:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa (p.15).

Esta declaración a lo largo de la historia de la humanidad estableció los derechos civiles, políticos, económicos y sociales básicos que se le debe garantizar a toda persona para su goce. Toda referencia y promoción a la defensa son necesarios para el desarrollo de los países de nuestra región y el mundo. En lo referente a encarcelamiento preventivo, al principio o estado de inocencia se lo considera como el principio de principios, debido a que en un estado constitucional de derecho es

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

fundamental garantizar que no sea vulnerado, mientras no exista una sentencia en firme que declare la culpabilidad de una persona.

Es decir, que antes y durante el proceso penal la persona es considerada como inocente, mediante el juicio se declarará la culpabilidad o no del imputado. En la doctrina se hace referencia a la presunción de inocencia y el tratamiento de la persona imputada en el proceso penal basado en tres presupuestos específicos que son:

1. Criterio rector del ordenamiento procesal penal; mediante el cual se establecen garantías para el imputado frente al ius puniendi del Estado, que obliga a partir siempre de la inocencia y no de la culpabilidad, hasta que una u otra esté establecida con certeza jurídica firme;
2. Regla de juicio; que exige que la prisión preventiva recaiga en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable; y,
3. Regla de tratamiento del imputado durante el proceso penal; que obliga que la medida de prisión preventiva, no adquiera un carácter retributivo, ni sea impuesta como una pena anticipada. (Sanguine, 2003, p. 432)

En razón a lo expuesto, la presunción de inocencia no excluye que el imputado pueda ser privado de su libertad dentro de un proceso penal, sin embargo, dicha privación de la libertad como consecuencia de la presunción de inocencia, establece límites a la regulación para la aplicación de esta medida.

### **Derecho a la libertad física**

En lo referente al derecho a la libertad Peñañiel-Sacoto, et al (2020), mencionan lo siguiente:

El derecho a la libertad es considerado fundamental dentro de la constitución de la mayoría de países de América Latina, mismo que pueden ser vulnerados cuando los encargados de administrar justicia en el ejercicio de sus funciones establecen la encarcelación cautelar, como una medida determinada casi como una regla general, lo que sin duda alguna demuestra que los derechos consagrados en los ordenamientos constitucionales de los países de la región y los tratados y convenios internacionales de derechos humanos (p.468).

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

La libertad del hombre debe estar normada, debido a que no debe ser ni absoluta ni limitada, pero debe estar regulada al ser un derecho fundamental y estar en armonía con los demás derechos establecidos dentro de las normas constitucionales y en tratados internacionales de los países que se encuentran en nuestra región. En relación al derecho a la libertad Bacacello (2003) indica:

- Derecho a la Libertad personal, que el ejercicio de la función judicial del Estado, en lo penal, puede amenazar;
- Potestad represiva del Estado, en cuanto su ejercicio puede implicar la abolición de la libertad personal;
- Potestad Jurisdiccional, propia del juez natural, cuyo ejercicio regular puede exigir restricciones a la libertad personal;
- Situación jurídica del imputado, a quien ampara el principio de inocencia;
- Y, autoridad competente para disponer la coerción. (p.1)

Efectivamente, esto nos indica que las personas tenemos el derecho a la libertad personal y nadie puede ser privado de la misma con excepción de los casos descritos en las constituciones de cada país, además por ningún motivo se puede privar de la libertad de una manera arbitraria sin la fundamentación debida, la persona debe ser llevada ante juzgador que respetando todos los preceptos legales considerará si es susceptible de una medida de restricción de la libertad o se impone una menos rigurosa.

Al hablar de libertad, nos remontamos a los tiempos antiguos en donde este derecho, después de la vida se constituye como uno de los más importantes. Es un derecho inherente del ser humano que a lo largo de la historia ha ido evolucionando hasta considerarse como un derecho fundamental, desde el nacimiento del individuo es decir inseparable e invaluable. Por tanto, se le otorga a la persona el libre albedrío de poder realizar todo lo que crea conveniente sin que por ningún motivo sus actos no estén reñidos con las leyes (Nogueira, 2005).

Tanto es así, que todas las personas luego del derecho que tenemos a la vida, inmediatamente está nuestra libertad personal para poder realizar todos los actos

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

necesarios y que creemos convenientes mientras estén regulados por la ley, mismos que al ser de fundamental importancia se encuentran establecidos en las Constituciones de los países garantistas de derechos.

## **Ecuador**

La Corte Nacional de Justicia (2021), sobre la prisión preventiva establece: es una medida cautelar personal excepcional, que para ser aplicada debe mirar las circunstancias propias de cada caso y bajo los parámetros del principio de ultima ratio y justificar que las demás medidas cautelares no son acordes a los objetivos de la prisión preventiva. La prisión preventiva se encuentra normada en este país como una medida cautelar excepcional de ultima ratio, es decir, que se debe considerar como último mecanismo utilizado para la privación de libertad de una persona dentro de un proceso penal (Espinoza-Guamán, 2022).

En el 2015, entra en vigor en este país el COIP con reformas penales en relación con la Constitución que es garantista de derecho necesario para respetar los derechos fundamentales consagrados en la misma. En lo relacionado a la prisión preventiva, en el artículo 534 del COIP, se indica las finalidades y requisitos necesarios para solicitar esta medida con una fundamentación adecuada por parte de fiscalía, es decir, son presupuestos indispensables que se deben cumplir para una posible aprobación por parte del juzgador misma que debe ser motivada.

Con lo antes mencionado, en el Ecuador de manera progresiva se afianzo como una garantía constitucional la motivación, debiendo los juzgadores en toda resolución o sentencia, luego de un análisis verdadero basado en la fundamentación fiscal indicar si procede o no la detención preventiva, ya que de no hacerlo se estaría transgrediendo derechos que se encuentran establecidos dentro de la norma jurídica ecuatoriana.

Los juristas ecuatorianos Peñañiel-Sacoto et al. (2020) indican al respecto: “Finalmente, las ideas señaladas respecto de los parámetros fundamentación y motivación- que son exigidos en las normas respectivas se entrelazan y complementan entre sí como elementos de reflexión básicos para la decisión

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

aplicativa de detención provisional” (p.476). Una correcta fundamentación fiscal y una motivación adecuada del juzgador podría ayudar a evitar la desmedida aplicación de la detención preventiva.

Existen algunos elementos jurídicos necesarios para aplicar la prisión preventiva, para esto se debe tomar como punto de referencia las normas constitucionales, supra constitucionales y las contenidas en el derecho adjetivo penal, pudiendo inferir lo siguiente:

Que es una medida cautelar de carácter personal, es decir dictada a una persona que se imputa algún delito y además se adoptará por dos únicos motivos: para garantizar la comparecencia del procesado al proceso (evitar la obstaculización del juicio o la fuga del mismo); o, para asegurar el cumplimiento de una posible pena (Sarango & Vivanco, 2018, p.14).

En razón a lo expuesto, en Ecuador la prisión preventiva debe cumplir con los requisitos necesarios para poder ser aplicada, sin embargo, muchas veces no se cumplen con los mismos, por lo que se vulnera el debido proceso, derechos fundamentales establecidos en las normas jurídicas y consecuentemente se estaría siendo aplicada de una manera irracional por parte de los órganos judiciales competentes.

## **Peru**

En el año 2006 entra en vigencia un nuevo Código Procesal Penal, que para el 2012 fue ya aplicado en la mayoría de los distritos judiciales peruanos excepto en ciertos distritos como Loreto, Ucayali, Lima y Callao, todo esto implicó una serie de reformas penales con la finalidad de intentar tener una eficiencia penal. La reforma penal que se consideró más importante es el cambio de un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio (De la Jara, et al. 2013, p.8).

Efectivamente, una vez realizadas las reformas penales se instauraron medidas que ayuden a la correcta implementación de la prisión preventiva, así como, la de medidas alternativas. Esto se ve reflejado en la misma regulación, toda vez que existe en este nuevo código normas que establecen la duración de la privación de la libertad provisoria, además de haberse regulado expresamente los supuestos en los cuales existe peligro procesal basados en el peligro de fuga y de obstaculización de la

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñafield

actividad probatoria, así como las alternativas a la prisión preventiva: comparecencia restringida, detención domiciliaria y comparecencia simple (Neyra, 2016).

En el sistema procesal peruano para garantizar la eficiencia del sistema se ha intentado proteger la libertad, siendo este un derecho fundamental instaurado en su Constitución al ser un estado de derecho garantizando la aplicación de un debido proceso, en este sentido:

El tratamiento de la libertad ha ocupado un significativo lugar en los debates como indicador del adecuado o inadecuado funcionamiento del proceso penal. Ello debido a que un ordenamiento procesal penal respetuoso con los derechos fundamentales de los individuos debe consignar una privación cautelar de la libertad de carácter estrictamente excepcional (Álvarez, 2015, p.78).

En efecto, para poder aplicar esta medida deben existir indicios suficientes que demuestren la posible culpabilidad y graves elementos de responsabilidad de la persona para poder privar de la libertad sin aun conocer una sentencia absolutoria o condenatoria, con el objetivo de asegurar su actividad probatoria. La imposición de la prisión preventiva sin duda alguna es la medida más grave que se puede implementar a una persona además de tener cierta polémica por parte de los órganos judiciales, ya que se está privando de la libertad a una persona que aún conserva su estatus de inocencia y está solamente siendo investigado.

## **Argentina**

Según Schiappa (2011) nos explica la forma en que se encuentra dividido este país en lo referente a las normas legales, es así que:

La República Argentina es un Estado federal conformado por un conjunto de estados locales (provincias) federados quienes tienen expresas competencias y facultades para regular todas aquellas materias referidas a la organización de la administración de justicia y normas de procedimiento. En conclusión, y por imperio constitucional, el Estado argentino cuenta con tantas administraciones de justicia como provincias tiene (es decir 23 provincias), más la administración de justicia correspondiente al estado federal (es decir, la Justicia Federal) que se extiende en todo el territorio, de modo tal que en cada provincia existen dos jurisdicciones distintas, la nacional o federal y la ordinaria o provincial. (p.13)

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

Efectivamente, a pesar de existir varias provincias y diversos ordenamientos jurídicos dentro de este país se adecuan a la mayoría de los países de América Latina al expresar y considerar desde todo punto de vista como una medida cautelar y de aplicación excepcional. Para el jurista Kostenwein (2015b) analiza la prisión preventiva de esta manera:

La prisión preventiva (en adelante, PP) se configura cuando se priva de la libertad, durante el proceso por el que se investiga un delito, a quien está acusado de la comisión del mismo. En concreto, este instrumento tiene un propósito de cautela, razón por la cual debería ser utilizado exclusivamente como un medio para lograr los objetivos del proceso. (p.153)

En este contexto, según su legislación deben existir presupuestos como el peligro de fuga y el entorpecimiento de la verdad para proceder a un encarcelamiento preventivo para una persona que es considerado aún inocente jurídicamente. De este análisis, podemos evidenciar que los funcionarios de los órganos judiciales argentinos están siendo sujeto de presiones por parte de diferentes sectores, entre ellos: medios de comunicación y políticos que son factores que hacen proclives a los operadores de justicia al momento de interponer una medida cautelar; sea esta privativa o no de la libertad.

## **Colombia**

En relación con Colombia, Montoya (2019) establece:

En Colombia, los criterios o supuestos para dictar una prisión preventiva por los órganos jurisdiccionales los establece la Ley 906 de 2004 y especialmente en el artículo 308, que a su vez está regulado por las normativas constitucionales y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Ley afirma que la prisión cautelar de la libertad se producirá cuando realmente sea necesaria, cuando el imputado constituya un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, cuando resulte probable que el imputado no comparecerá al proceso o que no cumplirá la sentencia y para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia (p.19).

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

Por tanto, podemos inferir que existe una correlación entre la normativa jurídica nacional colombiana con los tratados internacionales en relación con la aplicación racional de la prisión preventiva y debiendo estar basada en los requisitos establecidos en su ordenamiento jurídico. Para Sorza (2015) con relación a la prisión preventiva indica:

Al no tener claridad de los hechos ni de la participación real de la persona en el presunto hecho punible (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad), y así aplicársele la restricción de la libertad, se estará en presencia de la privación injusta de la libertad antes de sentencia condenatoria, ocasionada por la falta de garantías legales, constitucionales y fundamentales de todo individuo involucrado en un proceso penal, implicado por razones indeterminadas en la comisión de un presunto delito; además de las herramientas jurídicas inexistentes que permitan garantizar el goce de los derechos del procesado mientras se compruebe su real participación. (p.16)

En relación con lo precedente, pareciese que estuviéramos ante una privación ilegal de la libertad, debido a que en Colombia se vulnera con facilidad los derechos fundamentales y el derecho internacional al aplicar la medida de encarcelamiento cautelar como una regla y no como una excepción, misma que debe ser solicitada por un fiscal y luego ser impuestas o negadas por un juez de control de garantías. Según Tisnés (2011),

Es necesario que en Colombia se imponga un cambio en la forma de concebir la justicia penal, pues el imputado, que hasta no ser declarado culpable es un ciudadano intachable del común, también teme al juicio criminal y su no comparecencia en ocasiones es producto de ese temor (p.71).

Ante lo indicado, debemos reconocer que una persona ocupa su estado de inocencia y debe ser considerado como tal, mientras no exista una sentencia condenatoria en su contra, mientras que la persona investigada es aquella sobre quien existe una indagación por el posible cometimiento de un delito.

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñafield

## **México**

El jurista Zepeda (2010) una vez realizado su análisis contó con los siguientes datos con relación al dinero que gasta el estado el tener personas encarceladas con prisión preventiva:

De acuerdo con nuestros cálculos, la prisión preventiva en México tiene un costo de más de 9,750 millones de pesos anuales. Específicamente, representa un costo de más de 2,000 millones de pesos a las personas detenidas antes de ser condenadas; las familias deben pagar alrededor de 1,900 millones de pesos al año y para el Estado representa un gasto de 5,800 millones. Aparte, la comunidad se ve desfavorecida en 1,400 millones de pesos al año (p.18)

Como nos podemos dar cuenta, la prisión preventiva es un tanto costosa para el estado y el sistema judicial, es así que si se utilizara de una manera correcta el país se ahorraría considerablemente estos valores y de esta forma invertir en otros asuntos públicos, pudiendo aplicar otras medidas cautelares no privativas de libertad, sin embargo, el juez no cuenta con la certeza de que estas medidas sean eficientes para asegurar la comparecencia del imputado a juicio penal.

Efectivamente, al establecer esta forma de aplicar la prisión preventiva en ciertos delitos graves que se establecen de manera clara en la Constitución mexicana, al indicar que el juzgador aplicará esta medida y de esta manera, garantizar de cierta manera que la persona que posiblemente cometió este acto comparezca a juicio penal y que tampoco se frustre los fines del proceso o cometa nuevos delitos.

Ante lo expuesto, es necesario indicar que si bien es cierto que la finalidad de la prisión preventiva persigue que el imputado sea responsable por el cometimiento del delito, en muchas ocasiones por la falta de fundamentación del ministerio público en este caso, se podría estar vulnerando derechos fundamentales como la libertad.

## **CONCLUSIONES**

En lo general, América Latina tiene un problema complejo con la aplicación de la prisión preventiva, de la investigación realizada en los distintos países se desprende que Ecuador tiene los índices más altos de la aplicación de esta medida cautelar personal con 139.8%, debido a que prácticamente es utilizado como una regla y no

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

como excepción constituyéndose en una especie de pena anticipada, esta medida debería ser aplicada de manera excepcional y bajo la fundamentación correcta por parte de la Fiscalía o denominado Ministerio Público en algunos países, así mismo, deber ser motivada correctamente por parte de los operadores de justicia para evitar vulnerar derechos fundamentales de las personas.

De igual manera Organismos internacionales han emitido informes que van de la mano de los derechos humanos y del debido proceso dentro de la aplicación de medidas cautelares, en este caso, la prisión preventiva como privativa de libertad y la existencia de otras medidas no privativas de libertad que pueden ayudar a reducir el índice de aplicación de la prisión preventiva.

Las diversas justificaciones para evitar que sea vulnerado el principio de libertad y la presunción de inocencia al aplicar de manera exorbitante la prisión preventiva ha permitido que a lo largo de la historia los países de América Latina realicen cambios sustanciales e importantes dentro de sus ordenamientos jurídicos que ayudaran que de cierta forma exista el respeto a la dignidad humana y cierta confianza a la administración de la justicia.

Así mismo, al aplicar esta medida se produce un incremento de personas detenidas sin tener una sentencia ejecutoriada, estando a la espera la misma; considerando este particular se produce un incremento en las cárceles de los países causando una sobrepoblación penitenciaria con consecuencias, tales como: violencia dentro de las cárceles o la imposibilidad de una reinserción social de las personas detenidas.

De igual manera, se debe asegurar a los juzgadores su independencia al momento de impartir justicia, sin la existencia de presión por parte de medios de comunicación o políticos, para que de esta manera se erradique el uso de la prisión preventiva como herramienta de un control social y más bien adecuar mecanismos eficientes para que las demás medidas cautelares aseguren la presencia del imputado a juicio y el correcto funcionamiento del proceso penal.

Para los Estados, el hecho de que se aplique la prisión preventiva y tener un incremento en el sistema carcelario obliga a que se gasten recursos económicos elevados, mismo que se pudieran utilizar en otros beneficios sociales para sus

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

habitantes si se aplicara esta medida de una manera racional, excepcional y solo cuando se cumplan todos los parámetros legales requeridos aplicables a cada caso de forma individual.

## FINANCIAMIENTO

No monetario.

## AGRADECIMIENTO

A la Universidad Católica de Cuenca; por motivar el desarrollo de la investigación.

## REFERENCIAS CONSULTADAS

- Álvarez, E. (2015). Independencia y prisión preventiva [Independence and pretrial detention]. *THEMIS revista de derecho*, (68), 77- 81. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15583>
- Bacacello, M. (2003). Fundamentos de la prisión preventiva [Fundamentals of preventive imprisonment]. *Revista Jurídica de la Universidad Nacional del Centro*, 6, 1-6. <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/50/58>
- Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014 Última modificación: 17-feb.-2021. Recuperado de <https://n9.cl/w5nu1>
- Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449 de 20-oct-2008 Última modificación: 13-jul-2011. Recuperado de [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Corte Nacional de Justicia (2021). RESOLUCIÓN No. 14-2021. Recuperado de <https://n9.cl/qkra8>
- De la Jara, E., Chavez- Tafur, G., Ravelo, A., Grandez, A., Del Valle, O., & Sanchez, L. (2013). *La Prisión preventiva en el Perú: ¿medida cautelar o pena anticipada?* [Pretrial detention in Peru: a precautionary measure or an anticipated penalty?]. recuperado de <https://n9.cl/ru7x>
- Duce, M., Fuentes, C., & Riego, C. (2009). Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina [Pretrial detention and criminal procedure reform in Latin America]. Evaluaciones y perspectivas (Vol. 2). Chile: CEJA. <https://n9.cl/ev47q>

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñañiel

- Espinoza-Guamán, E. E. (2022). La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia [Pretrial detention as a precautionary measure and respect for the principle of presumption of innocence]. *Sociedad & Tecnología*, 5(2), 351–364. <https://doi.org/10.51247/st.v5i2.219>
- Kostenwein, E. (2015a). Prisión Preventiva: entre los medios de comunicacion y las autoridades politicas [Pretrial Detention: between the media and the political authorities]. *Direito&Práxis*, 6(11), 54-79. <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55061>
- Kostenwein, E. (2015b). Prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires [Preventive custody in the province of Buenos Aires]. *Nova Criminis*, 149-180.
- Llobet, J. (2009). La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano [Pretrial detention and the presumption of innocence according to the human rights protection bodies of the Inter-American system]. *IUS Revista de Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C*, 114-148.
- Montoya, O. (2019). Prisión preventiva y la presunción de inocencia en Colombia, Chile y México: una revisión sistemática de la literatura científica en los últimos 10 años, 2009-2019 [Pretrial detention and the presumption of innocence in Colombia, Chile and Mexico: a systematic review of the scientific literature over the last 10 years, 2009-2019]. <https://hdl.handle.net/11537/27384>
- Neyra, J. (2016). Prisión Preventiva: Aportes para contar con mejores métodos de obtención de información de calidad [Pretrial Detention: Contributions to better methods of obtaining quality information]. Recuperado de <https://n9.cl/snggg>
- Neyra, J. (2016). Prisión Preventiva: Aportes para contar con mejores métodos de obtención de información de calidad [Pretrial Detention: Contributions to better methods of obtaining quality information]. Recuperado de <https://n9.cl/snggg>
- Nogueira, H. (2005). Consideraciones sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia [Considerations on the fundamental right to the presumption of innocence]. *Ius et Paxis*, 11(1), 221- 241.
- ONU. (2005). Declaración universal sobre bioética y derechos humanos DUBDH [Universal Declaration on Bioethics and Human Rights UDBHR]. Recuperado de <https://n9.cl/to2jb>

- Peñañiel-Sacoto, J., Erazo-Álvarez, J., Pozo-Cabrera, E., & Narváez-Zurita, C. (2020). La fundamentación y la motivación como habilitantes de la prisión preventiva [Substantiation and reasoning as enabling factors for remand in custody]. *IUSTITIA SOCIALIS*, 5(8), 465-492. <http://dx.doi.org/10.35381/racji.v5i8.586>
- Roussos, A. (2011). Preparación de una revisión bibliográfica para su publicación cuando un solo artículo nos habla de muchos trabajos [Preparing a literature review for publication when a single article tells us about many papers]. <http://repositorio.ub.edu.ar/handle/123456789/2769>
- Sanguine, O. (2003). *Prisión Provisional y derechos fundamentales [Provisional Prison and Fundamental Rights]*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Sarango, J., & Vivanco, G. (2018). La excepcionalidad de la prisión preventiva. Elementos doctrinales y su aplicabilidad en la justicia ecuatoriana [The exceptionality of preventive detention. Doctrinal elements and its applicability in Ecuadorian justice.]. *Revista Magazine de las Ciencias*, 3(3), 9-24. <https://revistas.utb.edu.ec/index.php/magazine/article/view/574>
- Schiappa, L. (2011). Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina [Pretrial detention and criminal procedure reform in Latin America]. *CEJA*, 13-126.
- Sorza, F. (2015). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos [Pretrial detention in Colombia versus the principle of liberty in human rights]. *Revista Analisis Internacional*, 6(2), 39-66.
- Sorza, F. (2015). La detención preventiva en Colombia frente al principio de libertad en los derechos humanos [Pretrial detention in Colombia versus the principle of liberty in human rights]. *Revista Analisis Internacional*, 6(2), 39-66.
- Tisnés, J. (2011). Principio de inocencia y medida de aseguramiento privativa de la libertad en Colombia [Principle of innocence and custodial sentencing in Colombia]. *Ratio Juris*, 6(11), 59-72. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/5857/585761340003.pdf>
- Villareal, A. (2016). Marco evolutivo y situación general de la prisión preventiva en México [Evolutionary framework and general situation of pretrial detention in Mexico]. *Revista de investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica / Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, México*, 10(19), 5-27. <http://www.apps.buap.mx/ojs3/index.php/dike/article/view/178/180>

Oscar Andrés Ortiz-Sánchez; Edwin Pablo Pérez-Reina; Sebastián Andrés Ortega-Peñafield

Zepeda, G. (2010). ¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México [How much does non-conviction-based imprisonment cost? Economic and social costs of pretrial detention in Mexico.]. <https://n9.cl/b0b9j>

©2022 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).