

# 19

## **LA PRISIÓN PREVENTIVA:**

**BREVE ESTUDIO EN ARGENTINA Y ECUADOR. TRATAMIENTO  
EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS  
HUMANOS**

# LA PRISIÓN PREVENTIVA:

BREVE ESTUDIO EN ARGENTINA Y ECUADOR. TRATAMIENTO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

## PRE-TRIAL DETENTION: BRIEF STUDY IN ARGENTINA AND ECUADOR. TREATMENT IN THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

Rommel Gustavo Haro Sarabia<sup>1</sup>

E-mail: [rharo@ueb.edu.ec](mailto:rharo@ueb.edu.ec)

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7536-4691>

<sup>1</sup> Universidad Estatal de Bolívar. Ecuador.

Cita sugerida (APA, séptima edición)

Haro Sarabia, R. G. (2021). La prisión preventiva: breve estudio en Argentina y Ecuador. Tratamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(2), 158-168.

### RESUMEN

En el presente trabajo investigativo, la prisión preventiva resultó ser analizada como una medida cautelar de carácter personal y excepcional que limita el derecho a la libertad por un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del proceso, que se resumen en la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado. Los métodos empleados del nivel teórico fueron el histórico lógico y el analítico sintético, y desde la empírea el análisis de documentos, y el exegético analítico. Los resultados los asociamos al incesante accionar internacionalmente por el respeto de los derechos humanos de los ciudadanos.

### Palabras clave:

Prisión preventiva, debido proceso, derechos humanos, derecho penal.

### ABSTRACT

In this investigative work, pre-trial detention turned out to be analysed as a personal and exceptional precautionary measure limiting the right to freedom for a longer or less prolonged period, which shall only proceed where the other precautionary measures are insufficient to ensure the objectives of the proceedings, which are summarized in the verification under the law of the existence of the infringement and the criminal liability of the defendant. The methods used at the theoretical level were logical history and synthetic analytical, and from the empirical the analysis of documents, and the analytical exegetic. The results are associated with relentless action internationally for respect for the human rights of citizens.

### Keywords:

Pre-trial detention, due process, human rights, criminal law.

## INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva siempre ha generado un intenso debate dentro del ámbito jurídico, académico y social por varios factores e hipótesis nacientes del tema como: ¿se violentan derechos humanos?; ¿es muy corto o muy prolongado el tiempo de duración de la prisión preventiva?; ¿debe aplicársela como la regla o como la excepción?; ¿es necesaria para garantizar la presencia en el proceso del procesado, para evitar el entorpecimiento de la investigación?

A partir de esas y otras interrogantes, se puede tener como respuesta que la realidad socio-cultural-económica de algunos países de la región exigen se aplique la prisión preventiva de manera general y continua dentro de procesos penales, a fin de asegurar la presencia del procesado en el proceso, el cumplimiento de una posible pena y la protección de las víctimas del hecho delictivo; pues no imponer la medida cautelar personal de prisión preventiva resultaría en una traba para la prosecución de un juicio hasta instancias finales, salvo ciertos tipos penales como los que arremeten contra la administración pública (peculado, cohecho), arribando a una sentencia condenatoria, poseedora de una pena, emitida por un Tribunal competente, misma que sería burlada y no cumplida por quien realizó la conducta típica, antijurídica y culpable, quedando así todo el aparataje de justicia usado y gastado, pero sin conseguir la sanción, reparación y posterior rehabilitación del sujeto activo de la infracción.

En los últimos años se ha sufrido una serie de cambios de toda índole, entre los cuales se encuentran los realizados al ordenamiento jurídico, que en el caso ecuatoriano el más significativo es la aprobación mediante referéndum de la Constitución de la República del 2008 (Montecristi, 2008). Esta Norma Suprema determina una estructura estatal de Derechos y Justicia, lo que obviamente implicó una reforma integral a las leyes vigentes a la época, la carta Magna en su Art. 77 numeral 1, textualmente señala: “La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso”; con esto, queda en evidencia que la figura de la Prisión Preventiva cambia radicalmente, toda vez que, antes su aplicación se tornó en una regla general y, actualmente, debe ser excepcional o de ultima ratio.

En este orden, debe considerarse también, que el numeral 9 del Art. 77 de la Constitución (Montecristi, 2008), cuando se refiere a la caducidad de la prisión preventiva, es clara al responsabilizar de la misma a los jueces de garantías penales que la dictaron, lo cual nos da una pauta más, para reducir su aplicación en el caso de los delitos de acción penal pública (únicamente en esos casos procede).

Al aplicar el derecho comparado, el caso argentino para citar un ejemplo, referente a la aplicación de la prisión preventiva, han realizado reformas, tanto a la Constitución

de la Nación (Argentina. Congreso General Constituyente, 2017), en su Art. 18 que establece garantías constitucionales a favor de sus mandantes y el Código Procesal Penal de 1994 (Procesal, 1994), trata a la prisión preventiva en el Art. 312 como una medida cautelar, la misma que corresponderá, solo cuando el delito o los delitos que se le atribuyen al imputado tengan pena privativa de la libertad, que no autorice a aplicar la condena de ejecución condicional; y en caso de proceder ésta, debe observarse que no proceda conceder la libertad provisoria.

Es menester señalar que, tanto en el caso ecuatoriano como en el caso argentino, la prisión preventiva es una medida cautelar que tiene un carácter excepcional, el mismo que no se adecua a la realidad fáctica de ambos países, por cuanto resultaría innegable la existencia de una sobrepoblación carcelaria, sobre quienes recae la prisión preventiva y que lamentablemente aún no cuentan con una sentencia en firme; ésta población carcelaria no es precisamente copada por sentenciados, sino que evidencia un abuso de la aplicación de la prisión preventiva por parte de los jueces que ejercen justicia penal, siendo que a octubre del 2013, en Ecuador según World Prison Brief (2014), existía *“una población carcelaria de 24.203 privados de libertad, de los cuales, para diciembre del 2012, sobre el 37% pesaba una detención derivada del uso de la prisión preventiva; en cambio, la nación Argentina posee una población carcelaria de 69.060 personas privadas de libertad, cuyo porcentaje de 50.9% indica que pertenece a individuos no sentenciados, es decir, se encuentra en contra suya la medida cautelar de prisión preventiva”*. (p.23)

Es así que pretendemos en el presente trabajo, analizar a la prisión preventiva como una medida cautelar de carácter personal y excepcional que limita el derecho a la libertad por un lapso más o menos prolongado, la cual sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar los objetivos del proceso, que se resumen en la comprobación conforme a derecho de la existencia de la infracción y la responsabilidad penal del procesado.

## DESARROLLO

Entendamos prisión como privación de la libertad, y por prisión preventiva a la privación de la libertad que sufre quien no ha sido sentenciado, sentencia que bien puede ser absolutoria o condenatoria. Es de carácter preventivo porque tiene por objeto asegurar la presencia del procesado evitando que se fugue ante la concreta e inminente amenaza a la garantía constitucional que limita su libertad. La prisión preventiva no se considera propiamente una pena, sin embargo, constituye una auténtica privación de uno de los derechos más sagrados del hombre, su libertad, y que en caso de condena se computa incluyéndola en el tiempo de prisión impuesto, pero, en caso de una sentencia absolutoria habría sido una pena anticipada.

La realidad de los países es cambiante y dinámica, por tal razón el Derecho, al ser una ciencia social, no puede ser la excepción del dinamismo y desarrollo de los pueblos. La consecuencia directa, quizá, acudiendo a la Teoría Positivista, se manifiesta en la elaboración de leyes, procedimientos y políticas, encaminados a salvaguardar los derechos de las personas, con más razón cuando se las ha vejado de un bien jurídico penalmente tutelado, traducido en un derecho fundamental.

En relación a las diversas posturas conceptuales sobre la prisión preventiva, podría resumirse posturas como las de Clariá (1998), quien la definiría como *“la prisión preventiva asegura la intervención personal del imputado durante el proceso, y previene el cumplimiento de la posible condena”*. El autor ecuatoriano García (2002), por su parte la considera como *“medida de carácter cautelar personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito y el mantener la inmediación del imputado con el proceso, pero debiéndose tener en cuenta que son personas que gozan de la presunción de inocencia”* (p.88)

Así mismo Cafferata (1998), sobre la prisión preventiva manifiesta que *“el fundamento del encarcelamiento preventivo es la necesidad de asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley, y que aquel rigor máximo deja de justificarse cuando estos objetivos pueden ser cautelados con medidas menos severas, surge la idea de evitarlo antes de que ocurra, o hacerlo cesar cuando ya se haya producido, siempre que en ambas hipótesis la privación de libertad no sea necesaria”* (p.35)

Previo ingresar a detallar los elementos jurídicos que conforman la prisión preventiva, es importante centrarse en sus características más sobresalientes, pero para ello, se debe diferenciar las mismas, tomando como punto de referencia las normas constitucionales, supra constitucionales y las contenidas en el derecho adjetivo penal, donde posterior a estudiar autores como Delgado, et al. (2020); Mas Güivin (2020); Vargas (2020), podemos inferir lo siguiente:

- Es una medida cautelar de carácter personal.
- 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.
- Se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria.
- Es de duración determinada, ya que tiene tiempo de caducidad según la complejidad del delito.
- El Fiscal es quién la solicita y deberá hacerlo de manera motivada, demostrando la necesidad de aplicación de dicha medida cautelar.
- Para dictarla debe encontrarse debidamente motivada y fundamentada su procedencia.

- Deben converger varios requisitos para ser necesaria su imposición, a saber:
- Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública, en el caso argentino, puede también dictársela en juicios por delitos de acción privada.
- Indicios claros y precisos de que el imputado es culpable como partícipe del hecho.
- Que se trate de un delito que empañe complejidad.
- Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
- Indicios suficientes de que las medias no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.
- Se puede revocar o suspender cuando:
- Se hubiesen desvanecido los indicios que la motivaron.
- Cuando el imputado hubiere recibido sentencia absolutoria.
- Cuando el Juez penal considere conveniente su sustitución;
- Acogimiento del recurso de reposición.
- Cuando exceda los plazos previstos para su caducidad.
- Cuando el imputado haya rendido caución.
- Existen dos escenarios posibles luego de la aplicación de esta medida:
- Es imputable a la pena, ya que todo el tiempo que el individuo permanezca privado de la libertad, se le imputa a la pena de la sentencia condenatoria que eventualmente se dicte, salvo se hizo efectiva luego de la condena, aunque no se haya encontrado firme.
- Se puede reclamar indemnizaciones, restitución del derecho que fue vulnerado, en este caso la restricción de la libertad, cuando el procesado o imputado ha sido absuelto.

Asencio (1987), sostiene que *“la medida preventiva de libertad es el resultado del conflicto de intereses individual en la libertad-social, en el mantenimiento de la seguridad, en la eficacia de la persecución de los delitos que, en todo caso, y en un Estado democrático debe solucionarse a través de la consecución de la síntesis de ambos, los cuales son igualmente dignos de protección”*, con esta exposición se pretende justificar la necesidad de que la medida cautelar de prisión preventiva, es imperioso que se encuentre establecida dentro de un ordenamiento jurídico, a fin de poder asegurar las consecuencias lógicas en un proceso penal” (p.29)

En este orden se discrepa con Asencio (1987), ya que, de existir otra cultura jurídica en varios países, sería prescindible el uso de esta medida cautelar de ultima ratio. Una vez explicadas las generalidades y características de la prisión preventiva, es importante mencionar tenuemente

algunos de los principios básicos o elementos jurídicos que deben presidir esta institución, siendo estos: la jurisdiccionalidad, la excepcionalidad, la proporcionalidad, cautelar y recurribilidad.

En los albores de 1949, la Constitución de la República Argentina, tuvo la oportunidad de terminar con un problema de la época, esto es, la creación de un solo código procesal penal para que rijan a todo el país, estableciendo un procedimiento único para decretar la prisión preventiva de los imputados, ya que, se trataba de una interminable discusión de juristas, que pugnaban por consensuar si el Congreso Nacional estaba facultado para dictar un código de procedimiento penal con alcances nacionales.

El Código de Procedimientos Penales en lo Criminal de la Capital Federal, vigente en 1954, sentaba en su Art. 365, inciso segundo que *“el auto de prisión preventiva debe dictarse dentro de 48 horas, inmediatas a la detención del presunto delincuente”*, creando así un problema para el juzgador según Zavaleta (1954), *“esta disposición se refiere concretamente a un sospechado, no es posible negar que de los propios términos en que se halla concebida surge que el juez está habilitado para resolver la situación procesal del inculcado con posterioridad a ese supuesto plazo de 48 horas, ya que para poder decretar la prisión preventiva o la libertad del imputado, debe practicar previamente diligencias necesarias... demandan un tiempo que sobrepasa con holgura el término de 48 horas”*.

Por tal razón por la que trae a colación el fallo vertido por la Cámara del Crimen de la Capital Federal, donde al explicarlo Luciano (2019), indicaría: *“Es evidente que su espíritu ha sido señalar la urgencia con que han de practicarse las diligencias respectivas y la brevedad del tiempo en que debe decretarse la prisión preventiva o la libertad, por lo que es inadmisibles que la detención se prolongue indefinidamente a la espera de elementos de prueba que la confirmen o desautoricen”*. (p.307)

Claramente se denota la intención e inclinación del sistema superior de justicia por el no abuso de la prisión preventiva, solicitando se la dicte en un plazo razonable y con elementos de convicción que puedan constituir a posterior prueba plena de materialidad y responsabilidad del encausado.

Actualmente, el Código Procesal Penal de la Nación, contenido en la Ley 23.984, sancionada el 21 de agosto de 1991 y promulgada el 4 de septiembre de 1991, hace referencia a la prisión preventiva en su capítulo VI, Arts. 312 y 313, en armonía con la Ley 24.390 y modificada por Ley 25.430, donde se determinan los plazos de duración de la misma, indicando cuándo y en qué casos procedería.

En el caso ecuatoriano, nuestro Código de Procedimiento Penal del año 1983 (Ecuador. Asamblea Nacional, 1983), ya establece a la prisión preventiva como una medida para evitar la fuga del sindicado o que se estropee el proceso penal, por lo que existe la figura de la detención y de

la prisión preventiva. En el primero de los casos la detención no podrá exceder de veinte y cuatro horas, y dentro de este término, de encontrarse que el detenido no ha intervenido en el delito que se investiga, inmediatamente se lo pondrá en libertad. En caso contrario, se iniciará el respectivo proceso penal, y si procede, se dictaba por parte del Juez el respectivo proceso penal, y de igual forma, de ser legal, dictaba el respectivo auto de prisión preventiva.

Vale recalcar que este Código (Ecuador. Asamblea Nacional, 1983) fue expedido en una época meramente inquisitiva de la historia del sistema penal ecuatoriano, en todos los procesos penales optaban los jueces penales por imponer la prisión preventiva a los sindicados, ya que hacían caso omiso a uno de los principios universales más sobresalientes del debido proceso, prácticamente desconocían la presunción de inocencia.

A lo largo de la historia ecuatoriana, la figura de la medida cautelar analizada, sufre una serie de reformas; encontrando la expedición de una nueva Constitución Política de la República en 1998 (Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente, 1998), la misma que contiene en su Art. 24, literal 8 lo siguiente: *“La prisión preventiva no podrá exceder de 6 meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión”*.

En enero del año 2003, de manera desmedida y fuera de todo contexto de protección y progresión de derechos, especialmente el derecho a la libertad y a un debido proceso, el Congreso Nacional incorpora al Código Adjetivo Penal, la “Detención en Firme”, medida cautelar de orden personal que se dicta para asegurar la comparecencia del acusado al proceso, que podía ser dictada una vez vencidos los plazos de caducidad de la prisión preventiva, sin tener tiempo de caducidad, es decir, con el retardo judicial que existía (casos penales que duraban años) hubieron personas privadas de su libertad sin sentencia en firme por varios años.

Tuvieron que pasar tres años aproximadamente para solicitar se declare su inconstitucionalidad e incongruencia con varios instrumentos de derechos humanos, suscritos y ratificados por el Ecuador, de tal manera, el Tribunal Constitucional (hoy Corte Constitucional), en el mes de septiembre del 2006, resolvió recobre vigencia la caducidad de la prisión preventiva, establecida en la Carta Magna.

La Constitución de 2008 (Montecristi, 2008), reitera el texto del Art. 24 numeral 8 de la Constitución que la antecedió, agregando y dotándole a la prisión preventiva de un carácter “excepcional”, es decir que solo se la debe aplicar en los casos en que las otras 12 medidas cautelares personales no privativas de libertad que establecían el extinto Código de Procedimiento Penal (Ecuador. Asamblea Nacional, 1983) (vigente a la época de promulgación de la citada Constitución) son insuficientes para

garantizar la comparecencia del procesado en el proceso y el cumplimiento de la pena en caso de existir; indicando que se debe priorizar la imposición de esas doce medidas antes que dictar un auto de prisión preventiva. Se implanta un punto importante en la vida jurídica ecuatoriana, obligando a jueces y fiscales garantizar y permitir ejercer en legal y debida forma el derecho a defenderse en libertad de toda persona inmersa en el contexto de un proceso penal.

La libertad se relaciona directamente con el derecho a la educación, un aspecto no siempre advertido en las críticas a la institución de la prisión preventiva. Si la presunción de inocencia de una persona persiste hasta tanto un juez competente, mediante los medios legales de prueba, alcance la convicción de su participación y responsabilidad en el hecho punible y dicte sentencia firme, es porque supone a priori que la persona actúa conforme a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico.

Precisamente, esa actuación es por lo que apuestan las políticas públicas sobre seguridad ciudadana. Esto supone también un a priori: la garantía de un efectivo ejercicio de los derechos humanos relacionados con la prevención y el control de la violencia y el delito, a través de cierta estructura institucional implementada prioritariamente por los Estados.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011), en ese sentido, señala tres dimensiones de dichas políticas públicas:

- 1) Prevención primaria: programas de salud pública, educación, empleo, formación para el respeto de los derechos humanos y construcción de ciudadanía democrática; 2) prevención secundaria: medidas destinadas a personas o grupos en situación de mayor vulnerabilidad frente a la violencia y el delito, procurando, mediante programas focalizados disminuir los factores de riesgo y generar oportunidades sociales; 3) prevención terciaria: acciones individualizadas y programas dirigidos a personas ya involucradas en conductas delictivas. (p.155)

Esas serían políticas idóneas, sin embargo, se debería reconocer que existen muchas veces contradicciones del propio sistema de enseñanza excluyente, expresadas en el conflicto social. Esto permite precisar que el poder tecnocrático y hegemónico oficializa métodos pedagógicos que sesgan los procesos de identificación de los individuos y de los grupos aun dentro de los centros de enseñanza, por ello, esos métodos son formas históricas de alienación.

La sistematización discursiva oficial y no oficial sobre la prevención educativa debería dirigirse, además, a una resignificación antropológica de conceptos técnicos, pedagógicos y científicos para presentar cierta estructuración argumentativa de la información alternativa en una dimensión que entiende la subjetividad como actividad

transformadora y la vía para situar al proceso educativo en un status más alto del desarrollo. Este discurso alternativo, entonces, construye un nuevo método pedagógico que revierte la falsación ideológica del sistema de enseñanza del sujeto dominante.

El ser humano, ahora, no es cosificado, sino dignificado, problemática que está en sintonía con lo que plantea Bourdieu (2004), refiere que *“los valores que la escuela transmite y exige de profesores y de alumnos, los métodos pedagógicos -o, para ciertas categorías de enseñanza, la ausencia de método pedagógico -que la caracterizan, los criterios de contratación y de juicio que emplea, los procedimientos de orientación y selección que utiliza, el contenido de la cultura que trasmite contribuyen a favorecer a los más favorecidos y a desfavorecer a los menos favorecidos”*. (p.73)

El sujeto de dicho discurso alternativo de la educación construye un concepto de libertad, porque es consciente de la actividad no neutral de producción de conocimientos científicos. Así, explica las funciones alienadoras del sistema de enseñanza de forma reflexiva y atenta a la exigencia expresa de la comunicabilidad de los intereses del sujeto alienado, al cual posibilita comprender y aprehender los mecanismos responsables de la reproducción de las estructuras sociales que sustentan para Bourdieu, (2004), la exclusión de *“los niños de las clases populares... de las clases medias [y] la eliminación diferencial de los niños según su origen social”*.

Generalmente, el pensamiento hegemónico y alienador circunda conflictos políticos. La verdad en política es una construcción clave del discurso alternativo. Esto permite lo siguiente: valoración del carácter de la selección y transmisión de la información sobre el área de conflicto político con respecto a la verdad en política, explicación de las circunstancias de los destinatarios del mensaje político mediático alienador sobre el área de conflicto político, análisis del sustrato ideológico de los mensajes alienadores sobre el área de conflicto político e identificación de los símbolos reproducidos por los medios que, de una parte, encubren y exhortan una visión y concepción del mundo actual y, de otra, tergiversan la realidad frente a la cultura de las naciones del área de conflicto político.

El modelo ideal alternativo de difusión de la información de carácter político puede deducirse comprensivamente de los principios generales de comunicación, educación y de política cultural. En ellos se toman en consideración los vínculos entre comunidad, persona y comunicación. El discurso alternativo, como todo discurso, desempeña tres funciones cardinales: la informativa, la expresiva y la función argumentativa.

La función informativa, esquemáticamente y en principio, implica reducir el margen de incertidumbre del interlocutor con respecto a algún campo referencial. El sujeto del discurso alternativo de la educación debe construir una

epistemología de saberes para establecer relaciones entre el saber sobre la información, la oratoria como medio de lucha ideológica y los propios argumentos discursivos de la construcción ideológica propositiva de modelos de mejor gobierno o sociedad deseada. Esta triada permitirá decodificar mejor el pensamiento de los grandes centros de poder.

Los momentos del modelo de comunicación son posibles por los contenidos de la estructura argumentativa. El modelo es formal-programático, es decir, expresa el orden cosmovisivo de jerarquización del esquema normativo-conceptual que describe las conclusiones nuevas. Los niveles comportan momentos de la construcción del modelo y son exigencias teórico-metodológicas de la construcción del concepto de libertad y su difusión.

El sujeto del discurso alternativo de la educación ha concientizado que no solo debe priorizar su participación en actos de información sobre la ciencia y la tecnología, donde se expresa su interés por dar a conocer el contenido de los acontecimientos mediante vías impresas y digitales, sino la obtención de información desde una posibilidad metodológica de aprehensión con el referido sentido cultural y sistémico.

Es un método que orienta al hombre de manera que cada hecho, o proceso educativo, que se analiza y cada acción de intervención que se programa o realiza, deben ser considerados como aspectos de las totalidades de las que forman parte el hombre mismo. Solo dentro del sistema de enseñanza que lo incluye se extiende la significación última de algún aspecto de la realidad y de las intervenciones socioeducativas sobre esa misma realidad.

El análisis formal-programático es una predeterminación de la revisión de los textos vigentes y de los métodos pedagógicos tecnocráticos y alienadores. El sujeto del discurso alternativo de la educación considera, además, el carácter variable e innovador de las vías de comunicación impresa y digitales en función de comportamientos humanos desalienadores. Si el orden cosmovisivo de jerarquización del esquema normativo-conceptual que describe las conclusiones nuevas es una expresión del proceso de creación, entonces, el texto discursivo no es propiamente un conjunto siempre igual a la suma de sus entidades, sino que es el cuadro de las transformaciones o modificaciones comunicativas unitaria y disciplinadamente consideradas.

La novedad, entonces está en el método que subyace en la técnica misma de exposición de las ideas contenidas en el discurso. Consiste en que el nuevo discurso ha sido asumido críticamente, desde el enfoque holístico mencionado, y con ello, unifica técnicamente en lo diverso las varias dimensiones que el sujeto de la ciencia y el educador en su quehacer práctico-espiritual pedagógico crean, estas son: las expresiones ontológicas, lógica, gnoseológica, valorativa, comunicativa y normativa.

De este modo, podría constituirse una base para la predeterminación de la revisión de los textos relacionados con las políticas públicas en materia de educación preventiva e incluso de determinados escritos técnico-jurídicos vigentes que versan sobre las presuntas condiciones para la aplicación de la prisión preventiva, en caso de ser permitida esa información. El sujeto del discurso alternativo de la educación llega a semejante predeterminación por el camino del pensamiento crítico. Este conduce a la reproducción del objeto educación.

La definición de predeterminación constituye un aporte conceptual y técnico que posibilita examinar la interacción medio de comunicación impreso o digital y destinatario de la información y cambio social sin cambio de las formas comunicativas. Dicho concepto aceptado conscientemente podría tomar la comunicación no desde el objetivismo del positivismo, sino como propuesta de resolución de problemas prácticos y como técnica en la indagación y reflexión sobre la ciencia pedagógica orientada al logro de la desalienación. El sujeto alternativo de la educación considera dicha predeterminación como un proceso de análisis y síntesis en torno a los factores que favorecen y desfavorecen el fenómeno de la presunción de inocencia como un fenómeno relativo a la libertad.

Más allá de cualquier insuficiencia que plantee la resignificación educativa y epistémica del concepto de libertad en torno a la presunción de inocencia y la disminución de la violencia, podría asumirse que posee un orden cosmovisivo colectivista e incluyente frente al concepto de libertad tecnocrático y hegemónico que sobrevalora el individualismo al favorecer el desconocimiento de la verdad en torno a las causas alienadoras.

El discurso alternativo podría asumir el concepto de alienación de Federico Riu según el cual este *“denota cualquier situación histórica en la que se constate que las formas objetivas de la praxis social-organización económica, instituciones, normas, controles y valores- se erigen y mantienen, frente a sus productores y creadores, como entidades autónomas a las que ellos terminan por superditarse sin reconocerlas como propias y en su verdadera objetividad. Expresado en su forma más técnica, el concepto de alienación describe el fenómeno de la inversión de la relación sujeto-objeto”*. (p.12)

La educación se le debe concebir como una concepción teórico-práctica basada en la relación hombre-naturaleza, que trasciende cualquier sistema educativo tecnocrático que reproduzca las estructuras sociales excluyentes y elitistas. El discurso alternativo aborda la dimensión humana, no solo desde el perfil de la Pedagogía como disciplina, sino integrado al conocimiento de las ciencias, a partir de la concepción de que al individuo se le prepara para convertirse en sujeto consciente y activo de la sociedad.

Es propio de ese método un enfoque comunitario dirigido a la resolución y evaluación crítica de problemas concretos, sustentado en las herramientas que favorezcan la solución en la práctica de estos problemas. Este enfoque, que debe tener presente la cultura, la diversidad, la reciprocidad y las tradiciones de la comunidad, supera las etapas escolares o académicas oficialistas dominantes y excluyentes para alcanzar toda circunstancia del acontecer cotidiano.

No obstante, la prisión preventiva ha sido necesaria en cualquier forma gobierno, desde las civilizaciones antiguas, al menos con el objetivo de asegurar a los presos hasta el instante de dictarse la sentencia. La crítica radical actual de esta institución la hace coincidir con el carácter de pena, específicamente, aplicable solo a los esclavos en la época antigua y con la edad medieval, en la cual se mantuvo ese carácter, pero esta vez aplicable a los siervos, así como a los deudores de multas. En la modernidad, se convirtió la prisión provisional en pena, por considerarla alternativa a la pena capital, o sea, era estimada dentro del progreso en comparación con la desaparición física de la persona. Beccaria se erigió en su principal promotor.

De tal forma, puede concluirse que la prisión preventiva se caracteriza por ser una medida cautelar y a su vez considerada como pena, porque la regla jurídica comúnmente aceptada en cuanto al tiempo de provisionalidad indica que debe descontarse los días en que la persona estuvo en el estado de privación provisional de libertad, problemática asumida en las críticas para rebatir una concepción diferente a la cualidad de pena anticipada a la sentencia condenatoria.

La diferenciación de la detención, la prisión provisional y la pena pasa por la percepción del tiempo en una escala instrumental de duración de esa privación de la libertad, pero no es suficiente para justificar que esté amparada en la justicia aun cuando se base en normas de rango penal y procesal penal e incluso constitucional. Ferrajoli (2004), ocupa uno de los referentes fundamentales de dicha crítica hasta el punto de intentar rebasar el liberalismo clásico de Beccaria y otros.

Sin embargo, el propio Ferrajoli (2004), asevera *“que su teoría es un modelo ideal suscitado sobre todo por las arbitrariedades y atrocidades cometidas en la prisión preventiva ajenas a los derechos reconocidos universalmente, entre ellos, la paz, seguridad pública y el bien común. El ciudadano es sometido arbitrariamente a una investigación y a un proceso tendente a violar sus garantías penales y jurisdiccionales además de los derechos fundamentales, a pesar de no existir elementos de prueba en su contra”*. (p.750)

La radicalización de la crítica, en el caso de Ferrajoli (2004), alcanza la defensa de la permanencia de la libertad inalienable del imputado sobre el bien jurídico lesionado, en

virtud de la presunción de inocencia. Finalmente propone la abolición de la prisión preventiva. Este autor definitivamente afirma *“que la contradicción es tajante debido a la colisión de todas las medidas cautelares, judiciales y policiales, adoptadas antes de la condena con la presunción de inocencia. De ahí, que la prisión preventiva no cumple ninguna función procesal más allá de una medida de defensa social contra los acusados socialmente peligrosos, es decir, parece que este autor advierte la presencia aún del estigma atávico por encima de los hechos”*. (p.755)

En cuanto a las posiciones teóricas críticas contra ese “estigma atávico” y la concepción estrecha de “peligrosidad”, los autores Torres & Ramírez (2013), enfatizan que *“el antropologismo jurídico-penal asume el hombre y su esfera de valores como objetos del Derecho Penal. Pone en duda a la neutralidad iuspositivista y se convierte en correctivo legal y social con el cual la revisión de la dogmática penal expande el ideal de justicia. La definición de antropologismo jurídico, por el camino del pensamiento crítico, conduce a la reproducción del objeto hombre con el cual el sujeto cognoscente sienta las bases metodológicas para determinar, argumentar, explicar y valorar el concepto antinormativista de Derecho Penal”*. (p.141)

Se trata de inquietudes respecto a los factores normativistas que enjuician a la persona desde un enfoque subhumanizado o naturalizado, alienador, que la distancia de la justa valoración como ser humano. Aquí, el componente humanista es consustancial a toda reflexión contra la exaltación de la peligrosidad del sujeto y contra el propio concepto positivista dogmático del delito.

Torres & Ramírez (2013), seguidamente aseveran que *“la antropología jurídico-penal rechaza los presupuestos teóricos y dogmáticos positivistas que subyacen en la ciencia del Derecho Penal, estos son: la determinación del delito a través de conceptos físicos, atávicos y biológicos sustentada por la escuela de la política criminal de Von Liszt, la teoría de las normas de Karl Binding, la teoría del tipo de Ernest von Beling. Von Liszt y Beling son máximos representantes del concepto dogmático-formal del delito. Técnicamente, el estado peligroso se observa como contenido de la responsabilidad penal y no el hecho que resulta socialmente peligroso, la necesaria defensa social que postula Ferri es sustituida por la peligrosidad del sujeto”*. (p.141)

El sentido que dichos autores le otorgan a esa crítica está dirigido, entre otros, al concepto de delito, es decir, determinan una problemática que generalmente escapa a las posiciones teóricas actuales acerca de la prisión preventiva y la presunción de inocencia. Replantearse la historiografía en materia de Derecho Penal implica varias interrogantes de fondo de la ciencia en cuestión para constatar sus funciones y la razón de ser que tuvo en sus orígenes y tiene actualmente. Aprender los cambios lentos e inexorables de mentalidad en esta materia es

necesario para obtener una percepción completa de la entrada y afianzamiento de la modernidad jurídico-penal.

Efectivamente, esos cambios justificaron el nuevo instrumento penal, pero la propia función conservadora de la pena ha entrado en crisis al ponerse en cuestión su propia superación y la obsolescencia del mismo. Una ciencia del Derecho Penal consciente del papel de la peligrosidad social puede ser guía de la dogmática jurídica (Torres & Ramírez, 2013). Un reto que asume un estudio al respecto es diferenciar y a la vez interrelacionar ciencia del Derecho Penal y dogmática penal como un presupuesto teórico y metodológico para poder comprender y determinar las categorías universales con las que ha trabajado el pensamiento, con toda su variabilidad axiológica y epistemológica.

No obstante, la presente tesis no se propone informar semejante investigación, ello sería resultado de una labor ulterior que escapa a los objetivos planteados. Solo se hace imprescindible señalar que en aquella diferenciación e interrelación está imbricado el concepto que se defendió acerca de la naturaleza del sujeto y, en la práctica, ello implicó legitimar los grados de eficacia de los Códigos Penales y las Leyes Adjetivas. Eso obliga a una seria reflexión actual sobre la capacidad de sus presupuestos para proporcionar respuestas adecuadas y transformadoras de la complejidad de nuevas situaciones.

En definitiva, la prisión preventiva ha servido para el éxito del proceso penal desde el punto de vista del objeto de asegurar la presencia del imputado, por esto su finalidad tiene carácter procesal; al menos así queda plasmado en las legislaciones donde de disímiles formas se advierte que está excluida la finalidad de garantizar la ejecución de la futura condena o una forma de castigo ante la presunción de inocencia.

Se esgrima que la prisión preventiva no debe ser la regla sino la última ratio, ni adelanta opiniones y valoraciones respecto a la culpabilidad del imputado, cuestión en la que podría estarse de acuerdo o no; pero vale reiterar que en lo más profundo una posición antidogmática y antiatávica comprendería y aceptaría para Torres & Ramírez (2013), que *“la peligrosidad social determina el delito. La prohibición condiciona el hecho y lo convierte en delito. La peligrosidad social, entonces, determina el hecho delictuoso y, por consecuencia, a la dogmática penal. La peligrosidad social como una de las determinaciones del pensamiento objetivo tiene una naturaleza mediadora porque su fundamento último es el binomio teoría-praxis. Este debe caracterizar el modelo antiformalista y antropológico de la ciencia del Derecho Penal”*. (p.142)

En este sentido significaría técnicamente, el hecho que resulta socialmente peligroso es el contenido de la responsabilidad penal y no el estado peligroso. Esto apunta, además, a la pretendida neutralidad de la dogmática

penal, al modo de estructurarse su método; y a las distintas formas de articulación de una teoría de la política criminal.

Eso obliga solucionar las contradicciones entre la concepción dogmática del sistema penal y la configuración de los derechos y garantías, o sea, lograr en un status superior este justo equilibrio, que no solo es un problema de la garantía del debido proceso, también incluye los conceptos del delito y de la naturaleza del sujeto. La prisión preventiva siempre será la medida cautelar personal más rigurosa y, devastadora, si genera un daño irreparable, de hecho la persona pierde tiempo de vida social. La presunción de inocencia atraviesa el proceso y dicho justo equilibrio, mas es el equilibrio mismo. Poca certeza jurídica habrá en una controversia sin ella, aunque esté configurado un sistema de investigación capacitado y comprometido con el interés público inherente al proceso penal.

Estas problemáticas se unen a la simple observación de los requisitos legales exigidos en los casos, no basta con dar por sentado la normatividad aplicable, resulta obvio que nadie defiende la transgresión de los principios consagrados en la Constitución, leyes complementarias y tratados internacionales que reconocen la prisión preventiva; tampoco es concluyente que se justifique por el mero hecho de ser previa a la prisión punitiva así registrada en la historia de la privación de la libertad. Debe existir un fundamento totalizador expresado en lo particular que dé certeza y firmeza para limitar esa libertad y pueda afirmarse que la prisión preventiva es una medida cautelar justa, porque se practica al amparo de la justicia.

La noción de Estado de Derecho, entonces, continúa derivándose de la tradición político-jurídica liberal donde los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos limitan la acción del Estado. La matriz histórica de esta noción en el asunto penal tratado aquí es la lucha contra el Estado que abogase por un amplio control del imputado hasta alcanzar su vida social. La eliminación de la prisión preventiva en los delitos menores es, en este sentido, una respuesta garantista y legalista frente a semejante ejercicio.

Solo puede restringirse la libertad en casos estrictamente necesarios e imprescindibles para garantizar el bien común, cuya dimensión presupone los derechos de los demás; la libertad es norma general y no excepción en un Estado de Derecho conforme a las demandas de la sociedad civil, a su vez, debe ser así si desea sostener su status quo dentro de espacios de libertad y tolerancia sustentados por el ordenamiento jurídico antiinvasor de la conducta individual. La prisión preventiva atenta contra los amplios márgenes tolerantes del actuar individual, sobre estas bases debe legitimarse el propio constitucionalismo en defensa de un Estado que intervenga, al mismo tiempo, en la protección de las víctimas.

Lo dicho anteriormente constituye el mundo idóneo sin la prisión preventiva, no alcanzable hasta el momento, a la vez, señala de alguna forma que persisten problemas difíciles de superar con la sola eliminación de esta medida. Por el momento, cabe admitir que el principio de presunción de inocencia es un status básico del imputado con repercusión directa en la prisión preventiva, por ello, esta se constituye en una excepción; mientras la libertad es la regla. Esto explica la intención de aplicar dicha medida conforme a derecho.

Precisamente, en Argentina la cuestión de la libertad durante el proceso penal está regulada en los Arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional (Argentina. Congreso General Constituyente, 2017), luego de la reforma constitucional de 1994, conforme, además, con el Art. 7.5 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969), el Art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Organización de Estados Americanos, 1948, May). y el Art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 1966).

Dicho Art. 18 (Argentina. Congreso General Constituyente, 2017), establece que: *“Ningún habitante podrá ser condenado sino en virtud de juicio previo, fundado en ley anterior al hecho del proceso”*. Binder (1993), precisa que esta norma constitucional se refiere al juicio oral como institución política-cultural. Mientras que en los arts. 14 (Argentina. Congreso General Constituyente, 2017) y 26 (Organización de Estados Americanos, 1948). También, prevén que la privación de la libertad de una persona es con amplias garantías y procede el juicio si es fundado en ley anterior al proceso, en los arts. 9.3 y 7.5 señalan que la prisión provisional solo se justifica *“por garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”*.

La Constitución Nacional (Argentina. Congreso General Constituyente, 2017), tolera el arresto en aquellos casos determinados en la ley, siempre por orden escrita de autoridad competente durante el procedimiento de persecución penal. Las medidas contra el imputado son reguladas en el Art. 3 del (Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2014) con las limitaciones previstas en el Art. 2, todo conforme al derecho reconocido en los artículos 18, 19 y 28 de esta Constitución, enlazado con la propia protección de la libertad consagrada en el Art. 14 y el principio de inocencia plasmado en el Art. 18.

La Constitución del Ecuador (Montecristi, 2008), coincide en principio con la Constitución Nacional (Argentina. Congreso General Constituyente, 2017), así tenemos el Art. 76.2 *“Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”*. En cuanto al procedimiento de persecución penal, el Art.75 de la primera establece el derecho a la tutela judicial efectiva: *“Toda persona tiene derecho al acceso*

*gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión”*.

Tal como sucede con la Constitución Nacional (Nacional, 1999), la prisión preventiva en el Ecuador es de carácter excepcional, según el Art. 77 numerales 1 y 11 de su Constitución (Montecristi, 2008), en atención, además, a lo regulado en el Art. 424 inciso 2, de conformidad, precisamente, con la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Organización de las Naciones Unidas, 2015), la Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Organización de Estados Americanos, 1969) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Organización de las Naciones Unidas, 1966).. Por consiguiente, el Art. 2 del Código Integral Penal del Ecuador (Ecuador. Asamblea Nacional, 2014) dispone que *“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”*.

En todo caso es una ratificación de los principios y fundamentos del sistema acusatorio.

## CONCLUSIONES

Queda demostrado la necesidad de continuar aportando a las contradicciones que existen entre las normas que constan en Derecho Adjetivo Penal, en vinculación con los Derechos del Debido Proceso, consagrados en las Constituciones de Argentina y Ecuador; así como también en instrumentos internacionales de Derechos Humano y el irrespeto al principio constitucional de presunción de inocencia por parte de fiscales y jueces de garantías penales. Esta contradicción permitió sistematizar el problema, buscar información en libros, informes y leyes penales para interpretar, comparar y enfocar criterios, o conceptualizaciones de varios autores, concretar determinaciones en torno a la prisión preventiva y proponer soluciones alternativas.

Ha quedado precisado que no es suficiente el reconocimiento de las garantías constitucionales del proceso penal en torno a la prisión provisional, para que sean efectivas, sino que el órgano jurisdiccional y los ciudadanos están llamados a buscar el modo de avalar suficientemente el ejercicio del derecho. No se ha tratado de defender la eliminación de la prisión preventiva para alcanzar la libertad del imputado no sentenciado, ni de legitimar la impunidad; se trata de rechazar cualquier presunción de culpabilidad y defender los derechos que tiene ese ciudadano privado de libertad.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argentina. Congreso General Constituyente. (1999). Constitución de la Nación Argentina. EDUNPAZ, Editorial Universitaria.

- Argentina. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2014). Código de procedimiento penal de la nación. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.
- Asencio, J. (1987). La Prisión Provisional. Editorial Civitas S.A.
- Binder, A. (1993). Introducción al derecho procesal penal. Ad-Hoc.
- Bourdieu, P. (2004). Intervenciones, 1961-2001. Ciencia Social y acción política, Hondarribia. Editorial Hiru y Editorial de Ciencias Sociales.
- Cafferata, J. (1998). Temas de Derecho Procesal Penal, tomo I. Editorial Depalma.
- Clariá, J. (1998). Derecho Procesal Penal, tomo II. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2011). Informe sobre los derechos humanos de las personas privadas de libertad en las Américas. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/docs/pdf/ppl2011esp.pdf>
- Delgado Siles, J., Colín García, R., & Ramírez Barranco, M. (2020). El Sistema penal acusatorio mexicano como producto del sistema penal de expansión. *Ius Comitalis*, 3(5), 85-98.
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (1998). Constitución política de la Republica del Ecuador. Decreto Legislativo 000. <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec016es.pdf>
- Ecuador. Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución Política de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. [http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)
- Ecuador. Asamblea Nacional. (1983). Código de procedimiento penal. Ley 134 Registro Oficial 511.
- Ecuador. Asamblea Nacional. (2014). Código Orgánico Integral Penal. Registro Oficial 180. <https://es.slideshare.net/radioencantada/registro-oficial-180-cdigo-orgnico-integral-penal>
- Ferrajoli, L. (2004). Derecho y razón teoría del garantismo penal. Editorial Trotta.
- García, J. (2002). La prisión preventiva en el nuevo código de procedimiento penal y las otras medidas cautelares. Ediciones Rodin.
- Luciano, M. (2019). Innovaciones jurídicas, oportunidades políticas y cambios en la Policía de la Capital: el proceso de reforma del Código Procesal Penal en Córdoba (Argentina) en la década de 1930. *Revista Historia y Justicia*, (12).
- Mas Güivin, J. C. (2020). La justicia en el proceso penal contra Sócrates y sus aportes al derecho procesal penal actual. (Tesis de maestría). Universidad César Vallejo.
- Organización de Estados Americanos. (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. <https://www.oas.org/dil/esp/declaracion%20americana%20de%20los%20derechos%20y%20deberes%20del%20hombre%201948.pdf>
- Organización de Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José). [https://www.oas.org/dil/esp/1969\\_Convencion%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convencion%20Americana%20sobre%20Derechos%20Humanos.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto internacional de derechos civiles y políticos. [http://www.acnu.org.cu/sites/default/files/ficheros/pacto\\_internacional\\_de\\_derechos\\_civiles\\_y\\_politicos\\_0.pdf](http://www.acnu.org.cu/sites/default/files/ficheros/pacto_internacional_de_derechos_civiles_y_politicos_0.pdf)
- Organización de las Naciones Unidas. (2015). Declaración Universal de los Derechos humanos. [https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR\\_booklet\\_SP\\_web.pdf](https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf)
- Torres, L., & Ramírez, Y. (2013). Crítica al internalismo del positivismo penal. *Revista de Ciencias Sociales*, 63.
- Vargas Castro, S. B. (2020). Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el modelo español: caso práctico. In Aspectos actuales de la responsabilidad penal de la persona jurídica en Colombia. Ediciones Unibagué.
- World Prison Brief. (2014). Población en prisión preventiva / preventiva: tendencia en Argentina. <http://www.prisonstudies.org/country/argentina>.
- Zavaleta, A. (1954). La prisión preventiva y la libertad provisoria. Editorial Depalma S.A.