
Contáctenos
comunicaciondp@defensoria.gob.ec

Teléfono Quito: 02-381-5270
www.defensoria.gob.ec

CRÉDITOS

Ernesto Pazmiño Granizo
Defensor Público General

Julio Ballesteros Vaca
**Coordinación Nacional de
Gestión de la Defensoría Pública**

Guido Campana
**Subdirector de Comunicación
y Coperación**

Stefan Krauth
Autor

Marianela Rea Toalombo
Asistencia investigativa

Amelia Ribadeneira
Dirección editorial

Corrección editorial

Marlo Brito
María Eugenia Galarza
Lizbeth Pérez Olalla
Geovanna Villagómez

Diseño

Paola Riofrío Argoti
Comunicación Defensoría Pública

Quito, Ecuador
Mayo, 2018

CONTENIDO

Capítulo I	25
1. La prisión preventiva en el sistema de las medidas cautelares	27
1.1. Finalidad y limitaciones constitucionales	27
2. Procedimiento y requisitos formales	28
2.1. Solicitud fundamentada	29
2.2. Motivación de la decisión	30
2.3. Digresión: subsunción y silogismo	31
3. Solicitud Fiscal	34
3.1. Finalidad de la fundamentación	36
Capítulo II	39
1. Prisión preventiva y proporcionalidad	41
1.1 Digresión: proporcionalidad	42
1.1.1 El principio de proporcionalidad y sus subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto	46
1.1.2. Idoneidad	47
1.1.3. Necesidad	50
1.1.4. Proporcionalidad en sentido estricto	51

1.2 ἐπιείκεια (equidad) y proporcionalidad	52
2. Requisitos para dictar la prisión preventiva	56
2.1. Peligro procesal – necesidad de la prisión preventiva	56
2.2. Acreditación del peligro procesal	57
2.3. Contradicción y presentación de pruebas	58
2.4. Valoración de los indicios	58
2.5. Indicios del riesgo procesal: probabilidades	60
Capítulo III	61
1. Casuística prisión preventiva	63
1.1. Peligro de fuga	64
1.2 Proporcionalidad	65
Capítulo IV	69
1. Carga de la prueba	71
1.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la carga de la prueba	72
1.2 El fantasma arraigo social	73

Capítulo V	75
1. Caso práctico: fuentes de errores en la audiencia de flagrancia	77
1.1 Extracto caso “Marihuana”	77
1.2 Análisis	87
1.2.1 Errores al nivel “elementos de convicción”	87
1.2.2 Errores al nivel “peligro procesal”	89
2. Extracto caso “Madre soltera”	92
2.1. Análisis	93
3. Conclusión	95
Capítulo VI	97
1. Hallazgos del estudio empírico “La prisión preventiva en el Ecuador”	99
1.1 Antecedentes y metodología	99
1.2 Hallazgos	104
1.2.1 Género	104
2. Nacionalidad	104
3. Estado civil	105
4. Arraigos familiares, niños menores de edad	105
5. Nivel de educación	106
6. Ocupación	107

7. Juicios penales anteriores	107
8. Reincidente	108
9. En el 56 por ciento de los casos, la prisión preventiva ha sido impuesta anteriormente.	109
10. Ponderación según provincias	109
11. Tipos penales	110
12. Resultado del proceso	111
13. Fundamentación del auto	112
14. Carga de la prueba	112
15. Calidad de la motivación de la solicitud de la Fiscalía	113
16. Calidad de la resolución dictando prisión preventiva	113
17. Recursos legales	114
18. Proporcionalidad	114
19. Distribución según de la edad	115
20. Duración	116
21. Tabulación cruzada	116
22. Medidas alternativas a la prisión preventiva	117
23. Fundamentación de la salida alternativa	118
24. Tabulación cruzada “delito” y “duración prisión preventiva”	119

Presentación

El incremento desmesurado del número de privados de libertad en el Ecuador debe llamar la atención de todas las instituciones del Estado. No es más segura una sociedad porque encarcele a más gente; al contrario, en algunos países se ha consagrado una suerte de círculo perverso de inseguridad, donde las prisiones constituyen precisamente uno de sus eslabones principales.

En el triángulo de la justicia en el sistema acusatorio adversarial, los fiscales y los abogados defensores litigan frente a un juez imparcial. Pero las reformas a los sistemas de justicia de América Latina se orientaron y tuvieron un enfoque fundamentalmente punitivo, contraviniendo la lógica, el sentido común y sobre todo las recomendaciones especializadas.

Dichas reformas crearon en el Ecuador, lo que se conoce como unidades de Flagrancia, que son instalaciones judiciales de carácter emergente, para procesar a personas detenidas por el supuesto cometimiento de un delito in fraganti. En realidad, pocos son los casos flagrantes en rigor. La mayoría de casos no tienen esta característica. Sin embargo, bajo el pretexto de hacer un procedimiento rápido, expedito, se crearon unas infraestructuras de flagrancia, se hicieron reformas y/o se crearon nuevos procedimientos incorporando figuras como el “procedimiento directo” y el “procedimiento abreviado”, que en un promedio de diez días, facilitan la condena de personas, con la autoinculpación de por medio, por ejemplo. Estas unidades se han convertido, en la realidad, en lo que he llamado: “Máquinas producción de presos”; grosera la frase pero real en la práctica.

El modelo, similar en algunos países de América Latina, se nutre funcionalmente de una concepción, de una matriz de pensamiento caracterizada por instaurar penas desproporcionadas en los códigos

penales de la región, sin que obedezcan a estudios especializados que las sustenten.

Es decir, el sistema judicial no desarrolló esta garantía de la proporcionalidad en su funcionamiento; al contrario, las penas se instituyeron como hechos políticos, de competencia político-criminal del legislador o del gobierno de turno, posicionadas a partir de reacciones impulsivas en medio de la conflictividad social, sin considerar que el volumen de la pena no puede ser un ejercicio superficial, sino el producto de una estricta revisión criminológica, cualitativa y cuantitativa. No se trata entonces de un asunto meramente metodológico, sino de una crítica al derecho penal.

Como resultado de este modelo, en los últimos años precisamente creció de manera inusitada el número de privados de libertad, la mayoría de ellos por delitos menores, autoinculcados y procesados en audiencias veloces de carácter abreviado. En el fondo, lo único que se abrevian son los derechos de las personas a un debido proceso en toda la extensión de la palabra y se someten al cumplimiento de una mera formalidad jurídica, donde lo más importante son las estadísticas antes que los derechos de las personas.

Por lo tanto, la legislación penal ecuatoriana, desde el 10 de agosto del 2014, fecha en la que entró en vigencia el Código Orgánico Integral Penal (COIP), fomentó el abuso de la prisión preventiva, estableció penas desproporcionadas y se exacerbó figuras delictivas que se contradicen con el Estado de derechos y justicia, pues el análisis demuestra fehacientemente que buena parte de las penas no son proporcionales al daño causado por el delito, tal como se establece en el artículo 76.6 de la Constitución.

Como es de suponer, el incremento de privados de libertad ha provocado que en corto tiempo, el nuevo modelo de atención penitenciaria tienda a colapsar, porque las instalaciones se abarrotan y porque no existe presupuesto público que soporte este incremento. Además, porque se crearon enormes cárceles regionales con el pro-

pósito de dar una solución integral al hacinamiento carcelario y a la seguridad dentro de las prisiones. Sin embargo, los dos fenómenos se están volviendo a reproducir en un tiempo tremendamente corto.

En una visión de conjunto, la fragmentada política criminal del Ecuador en la última década ha arrojado resultados negativos, entre otras razones porque:

(i) Se crearon las unidades de flagrancia, constituidas como productoras permanentes de privados de libertad.

(ii) Se construyeron megacárceles que en corto tiempo presentan ya problemas de hacinamiento y de seguridad, a más de haber provocado dolor y mayor sufrimiento a las familias, que resultan afectadas por las largas distancias y las dificultades de acceso.

(iii) Se asignaron funciones contradictorias a los jueces penales, para que sean además jueces de garantías penitenciarias, contraviniendo la ley y la Constitución. Es decir, el mismo juez que condena, tiene la función de garantizar los derechos de los privados de libertad, lo cual es un contrasentido, una ilegalidad y una aberración.

(iv) Se promueven reglamentaciones internas del sistema de rehabilitación social, que restringen derechos, sin que además se cumpla con el debido proceso.

Algunas de estas preocupaciones demandaron la necesidad de realizar exploraciones más profundas. Contando con el aporte de la cooperación alemana, pudimos acceder a una cooperación técnica especializada de alto nivel, con la incorporación del doctor Stefan Krauth al equipo de trabajo de la Defensoría Pública.

El doctor Krauth, Ph.D en Derecho Penal por la Universidad de Bremen, Alemania, realizó una investigación de la unidad de flagrancia de la ciudad de Quito, para lo cual trabajó con 379 expedientes. Su revisión y análisis arroja algunos hallazgos importantes que deberían encender las alarmas del sistema de justicia.

Entre los numerosos criterios conclusivos, es importante anotar que los tres actores de un tribunal penal de flagrancia (fiscales, defensores y jueces) estarían actuando bajo aquel principio donde priman las estadísticas frente a los derechos, con un abuso en la utilización de la prisión preventiva y, sobre todo, con fuentes de error en la aplicación de este recurso.

El estudio ha identificado que, generalmente, el fiscal sin mayor esfuerzo solicita prisión y el juez dictamina la prisión preventiva sin la fundamentación legal requerida, sin guardar coherencia en la solicitud, sin la motivación del auto y sin considerar la excepcionalidad y la proporcionalidad de la medida, es decir, su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto.

Se observa un desconocimiento u omisión de las exigencias que tiene la Corte IDH sobre la calidad de la motivación en relación con la detención arbitraria, según el artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El estudio también identifica una recurrente falta de ponderación de los bienes jurídicos en juego, es decir, los derechos fundamentales como la libertad vs. la administración de justicia. Al respecto, el artículo 534.3 del Código Orgánico Integral Penal establece como concreción del principio de proporcionalidad, la necesidad (insuficiencia) y la proporcionalidad en el sentido estricto (necesidad).

En los 379 casos de flagrancia analizados, el 70 por ciento de los delitos son por drogas y robos. Es fundamental conocer el perfil de las personas procesadas y llevadas a prisión preventiva; sin embargo, existen enormes problemas en los sistemas informáticos y de procesamiento de datos de la judicatura, pues no es posible obtener información fiable sobre los datos demográficos y del contexto familiar de estas personas procesadas: si tienen niños a su cargo, relaciones laborales, estudio, pareja, nivel de ingresos, discapacidad, entre otros. ¿Cómo es posible que un juez dicte prisión preventiva a una persona, sin elementos de juicio suficientes para tomar semejante decisión?

El análisis indica, además, que tampoco se cuenta con información detallada del propio proceso, como por ejemplo, la duración de la prisión preventiva, relacionada con el tipo de delito, por lo tanto, la proporcionalidad y la excepcionalidad son una quimera.

En los resultados de los juicios, no se observa una actitud cuidadosa de los defensores públicos, pues apenas en el 0,53 por ciento de los casos estudiados se interpuso una apelación. La impugnación de la prisión preventiva debe ser un recurso básico para el desarrollo de la defensa, sin embargo, no se puede atribuir el hecho únicamente al modelo de gestión.

También se observan errores fundamentales en el manejo de la carga de la prueba, que contraviene los principios estipulados en el COIP, la Constitución y la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos. Si nos regimos a lo que dispone el COIP en el artículo 5.3, es evidente que el procesado no tiene ninguna obligación de presentar pruebas que demuestren su inocencia; por el contrario, son las autoridades judiciales quienes tienen que demostrar la culpabilidad del procesado. El artículo en mención indica sobre la duda a favor del reo, que “la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable”. Sin embargo, en los casos analizados, los jueces dictan prisión preventiva, argumentando que los procesados no han presentado las pruebas suficientes de su arraigo social.

Por lo demás, se observa que ningún auto dictando prisión preventiva cumple con los requisitos de la Constitución de la República, del COIP o las propias exigencias de la Corte IDH en cuanto a la motivación, por lo que el estudio concluye que los fallos pueden caracterizar incluso detención arbitraria, según el artículo 7.3. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Los hallazgos de esta investigación constituyen un llamado de atención fuerte al sistema de justicia en su conjunto, para mejorar la calidad de la gestión de todas las partes procesales, bajo el criterio de

que una administración de justicia de calidad fortalecerá el sistema democrático, caso contrario, será un lastre que mine las bases del Estado constitucional de derechos y justicia.

Este aporte abre el debate para discutir con fundamentos, la relación entre la aplicación del poder y la privación de la libertad, que no ha sido racionalizada suficientemente en el Ecuador.

Pero también abrigamos la esperanza de que el manual sea un instrumento base para la actuación de los defensores públicos en todas las unidades de flagrancia del país, con los mejores estándares de derechos y justicia.

Ernesto Pazmiño Granizo
Defensor Público General



La prisión preventiva en el Ecuador

Stefan Krauth

La prisión preventiva es la privación de libertad en perjuicio de una persona inocente¹.

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional².

La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente³.

Esto prueba con no menos evidencia quién es el hombre equitativo: es el (...) que no sostiene su derecho con extremado rigor, sino que por lo contrario cede de él, aun cuando tenga en su favor el apoyo de la ley. Este es el hombre equitativo; y esta disposición moral, esta virtud, es la equidad, que es una especie de justicia y no una virtud diferente de la justicia misma⁴.

¹ Winfried Hassemer, Der Strafverteidiger 1984, 38, 40. Traducción por el autor. (Original en Alemán: "Untersuchungshaft ist Freiheitsberaubung an einem Unschuldigen").

² Corte Interamericana de Derechos Humanos - Caso Tibi Vs. Ecuador Sentencia de 07 de septiembre de 2004, punto 106.

³ Constitución de la República del Ecuador 2008, artículo 77, numeral 1.

⁴ Aristóteles, Moral a Nicómaco, libro quinto, capítulo X.

Introducción: la prisión preventiva en el Ecuador y la “cero impunidad”

I. La práctica de la prisión preventiva en el Ecuador muestra una discrepancia notable entre la letra de la Ley y su aplicación. Mientras el objetivo del legislador del Código Orgánico Integral Penal (COIP), de agosto de 2014, era contener el uso de la prisión preventiva a través de elevar los requisitos legales y poner de relieve su carácter de excepcionalidad⁵, su realidad es el abuso como regla.

Según datos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos en el mes de septiembre de 2017 se encontraron un total de 12 680 personas privadas de libertad por prisión preventiva: es decir, un 36,11 por ciento del total de 35 223 personas privadas de libertad⁶. Por otra parte, cabe mencionar las cifras de Alemania: en el mes de noviembre del año 2016, 12 992 personas estuvieron encarceladas por prisión preventiva⁷, ante la población alemana de 82.2 millones (Ecuador: 16.39 millones). Es decir: en el Ecuador, la tasa de encarcelamiento por prisión preventiva **es cinco veces más alta** que en Alemania, a pesar de que, como veremos, los supuestos materiales para dictar esta medida cautelar son más restrictivos en el Ecuador que en Alemania.

⁵ La contención de la prisión preventiva también ha sido, por ejemplo, meta de la reforma procesal en el Perú: “(Por primera vez en décadas, pareciera concretarse en la realidad parte del discurso penal: que la restricción de la libertad del imputado deber ser excepcional)”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2011: Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectiva. Volumen 2, p. 251.

⁶ <http://www.expreso.ec/actualidad/centros-rehabilitacion-comision-justicia-EDI713886>, acceso 21 de septiembre de 2017.

⁷ Statistisches Bundesamt: Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jahres, página 10 (pdf), acceso el 21 de septiembre de 2017. https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/StrafverfolgungVollzug/BestandGefangeneVerwahrtePDF_5243201.pdf?__blob=publicationFile.

El abuso de la prisión preventiva no solo atenta contra el Código Orgánico Integral Penal del año 2014, la Constitución de la República del Ecuador y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino resulta en lo **contrario** de la eficiencia legal, es decir en una anomia,⁸ pues **la politización de un sistema penal socava la vigencia del ordenamiento legal**. Aunque el sistema político gane de manera efímera (por ejemplo una sentencia “políticamente” deseada, el supuesto cumplimiento del lema populista “cero impunidad”), pierde a largo plazo lo que es el núcleo del Estado de Derecho: la previsibilidad de las actuaciones estatales según normas tanto públicas como preestablecidas y generales y, finalmente, la integración social a través de un entramado normativo.

Si el Consejo de la Judicatura está persiguiendo la meta de la denominada “cero impunidad” con la directriz, que, a pesar de lo estipulado en la Constitución de la República y en el COIP, la prisión preventiva deberá ser la regla, producirá anomia, incertidumbre y el debilitamiento del ordenamiento legal. Dado que la seguridad ciudadana se garantiza mediante el amplio respeto (y consecuentemente **validez**) de un ordenamiento legal, las injerencias de un órgano administrativo en la ejecución del poder judicial debilitan inevitablemente la seguridad ciudadana⁹. Difícilmente se puede hablar de “cero impunidad” y de “seguridad ciudadana” cuando los ciudadanos viven bajo la amenaza de un encarcelamiento arbitrario y cuando el poder ejecutivo prescribe la aplicación (sobre todo errónea) del procedimiento penal.

⁸ Según el sociólogo Émile Durkheim, la anomia implica la falta de normas que puedan orientar el comportamiento de los individuos. En el caso del Ecuador, no es la falta de normas, sino la politización de su aplicación (es decir la arbitrariedad) que resulta en la anomia.

⁹ Por eso la importancia de la positividad del derecho: exclusivamente la Ley debería determinar la decisión judicial: “El concepto de positividad se ayuda, para efectos de claridad, del concepto de decisión. El derecho positivo es válido en cuanto decisión. Esto hace que se le eche en cara su ‘decisionismo’ en el sentido de una posibilidad de decisión arbitraria, dependiendo de la fuerza de imposición. Esto, sin embargo, conduce a un callejón sin salida, ya que todo mundo sabe que el derecho no puede nunca decidir de manera arbitraria.” Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, México DF, 2002, pág. 94. La positividad del derecho implica que la validez de este se fundamenta en la especificación de procedimientos validados únicamente en decisiones producidas al interior del sistema legal.

Tal vez la problemática subyacente de la arbitrariedad en la aplicación de la prisión preventiva ha sido aliviada si bien involuntariamente por Gustavo Jalkh hablando sobre el cumplimiento del Plan Estratégico establecido para la administración de justicia del país. El funcionario dice que:

(...) “los resultados alcanzados a través de las unidades de Flagrancia en las que actualmente ocho jueces emiten 43 sentencias al mes y cada causa se resuelve en 17 días promedio. En 2012, con la misma cantidad de jueces se emitían apenas 15 sentencias al mes”¹⁰.

Además citó las estadísticas de 2017, revelando que la aplicación de los procedimientos directos y abreviados generaba “un ahorro de 308 millones de dólares para el Estado”¹⁰. El Presidente del Consejo de la Judicatura no menciona que el procedimiento abreviado es probablemente inconstitucional, pues la coacción en la que radica este procedimiento atenta contra la presunción de la inocencia y el derecho a guardar silencio.¹¹ El funcionario tampoco revela que las (dudosas) estadísticas no dicen nada sobre la calidad de las sentencias emitidas. El misterioso hecho que hoy “ocho jueces emiten 43 sentencias al mes (... y en) 2012, con la misma cantidad de jueces se emitían apenas 15 sentencias” no necesariamente implica un progreso, al contrario, debe ser más bien inquietante. Como hemos mencionado anteriormente, la arbitrariedad e inexactitud en la administración de la justicia producen lo contrario de una justicia eficiente, pues de esa manera, ella no podrá garantizar previsibilidad en las actuaciones estatales según normas generales, públicas y preestablecidas, característica considerada desde muy lejos como medular del Estado de Derecho. Una justicia vista bajo cifras e hipotéticos ahorros apenas podrá cumplir con su deber, lo que es considerar las particularidades del caso concreto en su toma de decisiones. Los hallazgos del estudio empírico advierten que existen faltas

¹⁰“La justicia ecuatoriana resolvió 718.00 causas durante 2017”, El Telégrafo. 26 de febrero de 2018.

¹¹ Véase ¿Es inconstitucional el procedimiento abreviado? por el Autor: Defensa y Justicia. Revista Institucional de la Defensoría Pública del Ecuador N. 29, Octubre 2017 pp. 20 -22.

severas en cuanto a esmero y minuciosidad en las resoluciones cuando se dicta la prisión preventiva.

En el ámbito del procedimiento penal, esa arbitrariedad resulta en un círculo vicioso: someterse voluntariamente a un juicio penal arbitrario, a un juicio sujeto a injerencias políticas, es equiparable a una “ruleta rusa”. Eludir el brazo de una justicia injusta resulta ser razonable. En vez de recuperar la paz alterada, el sistema penal “politizado” produce y mantiene la desconfianza prolifera en las instituciones públicas de nuestra región y, finalmente, provoca desestabilización y desintegración¹².

II. Aunque el presente manual no puede explicar la debilidad del poder judicial en el Ecuador de manera contundente¹³, quiero esbozar planteamientos que podrían servir como orientación de la situación. El fuerte componente corporativista del Estado añade una dificultad para la administración de la justicia, porque parte de ajustar su actuación a normas generales preestablecidas (en el marco de las leyes), la administración de la justicia tiene que ser capaz también de conseguir la aceptación de sus decisiones entre los grupos que forman el componente corporativista¹⁴. En este sentido, el poder judicial debe contar con personas que tengan las capacidades de un “cuadro político” (según la tradición comunista). El cuadro político se

¹²La despolitización del Derecho moderno es condición previa para su funcionamiento, es decir, la integración social. La función del Derecho es la orientación normativa hacia un problema social. En las palabras del sociólogo Niklas Luhmann: “Se trata de la función de la estabilización de las expectativas normativas a través de la regulación de la generalización temporal, objetiva y social”. (Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, México DF, 2002, p. 188). Esta especificación de una función (la estabilización de las expectativas normativas) es posible en el derecho moderno gracias a la positivación del derecho. Esto implica que el derecho deja de operar sobre la base de un supuesto consenso social, cuando se aparta de los aspectos morales y se despolitiza (Véase por los detalles Niklas Luhmann, *Observaciones de la modernidad: racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, Barcelona, 1997, p. 114).

¹³ Véase por un planteo básico: José Estevez Araujo: “La crisis del principio de legalidad: La imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración”, en: *Anuario de Filosofía del Derecho VII* (1990) 107 – 130.

¹⁴ Véase Claus Offe: “Criterios de racionalidad y problemas de funcionamiento político-administrativo” (1974), p. 15.

diferencia del burócrata en que carece de las normas que delimitan precisamente lo que debe hacer y cómo. Finalmente, sus decisiones se imponen en virtud de las capacidades que el propio cuadro político tenga de *generar consenso* en torno de ellas. La distinción podría esquematizarse en el siguiente cuadro¹⁵:

Burócrata	Cuadro
Conocimientos legales	Entrega y experiencia
Ajuste a normas previas	Línea de partido
Previsibilidad	Consenso

La politización de la administración de la justicia en el Ecuador muestra una traslación del burócrata (conocimientos legales, previsibilidad) en favor del cuadro (generación de consenso). Por ejemplo, el mandamiento corporativista (compuesto por los medios de comunicación y la Policía): “Las personas recién detenidas merecen un escarmiento y por eso hay que dictar la prisión preventiva como regla”, se aplica como “línea del partido” en las resoluciones dictando la prisión preventiva. El juez asume el papel de un cuadro disciplinador, dejando atrás el marco de la ley en cuanto el consenso corporativista lo precise. Las actuaciones del poder judicial se determinan solo en apariencia por medio de la ley. En cuanto al contenido, y *más allá de la ley*, lo político se presenta como fundamento de la decisión. La crisis del principio de legalidad en el Ecuador se puede ilustrar de la siguiente manera:

¹⁵ Según Goran Therborn; ¿Cómo domina la clase dominante?, México D.F. 1987, pp. 55, 57, 59 – 62.



Ajuste a normas previas:
previsibilidad



Línea de partido y consenso:
arbitrariedad

III. Respecto a la realidad de la prisión preventiva, nos gustaría esbozar el problema posiblemente más emblemático: el llamado arraigo social, aunque no es un supuesto de hecho del COIP (y ni siquiera un concepto jurídico), le corresponde un papel preliminar en las audiencias. Al final, el manejo del llamado “arraigo social” acaba en la discriminación de los que viven y trabajan en condiciones de informalidad, pues no pueden “comprobar” sus arraigos domiciliarios o laborales mediante contratos respectivos. Según el Reporte de Economía Laboral – Marzo de 2017, del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), del total de personas con empleo en el área urbana, el 57,9 por ciento estuvo ocupado en el sector formal, mientras que el 34,9 por ciento en el sector informal¹⁶. Como consecuencia de esa práctica judicial, las personas afectadas por la informalidad son castigadas tres veces: trabajan sin amparo legal, son más vulnerables al dictamen de la prisión preventiva por no ser capaz de presentar documentación de su “arraigo laboral” y, finalmente, son más “visibles” y por eso más propensas a la criminalización.



Mientras el concepto “arraigo social” proviene de la práctica jurídica europea donde es fácil documentar el domicilio mediante una consulta breve en los sistemas informáticos (debido al empadronamiento, es decir debido a la obligación de darse el alta como residente), en nuestra región el “arraigo domiciliario” es considerablemente más difícil de comprobar y las personas que viven en la informalidad nunca podrán presentar contratos de arrendamiento con su nombre. Sin anticipar los detalles de la discusión legal, ya podemos

¹⁶ El Reporte define el empleo en el sector informal como el conjunto de personas ocupadas que trabajan en establecimientos que no se encuentran registrados ante la autoridad tributaria, es decir, en las empresas que no tienen Registro Único de Contribuyente (RUC).

constatar que esa práctica se basa en conceptos e ideas ajenos a la realidad ecuatoriana. En lugar de incorporar este cuerpo extraño, el sistema penal debería adecuarse a las circunstancias ecuatorianas y recurrir – por ejemplo – **al arraigo comunitario**. Caso contrario, los jueces de Flagrancia seguirán castigando a los más vulnerables.

IV. El fin del presente manual es aclarar los requisitos de la prisión preventiva según del COIP y la reglamentación de los derechos humanos. El manual sirve no solo como respaldo en la audiencia, sino también como comprensión dogmática de la temática.

Para garantizar el acceso rápido, el usuario podrá leer resaltados gráficos y frases modelos, mientras en letra minúscula encontrará profundizaciones.



Capítulo I

1. La prisión preventiva en el sistema de las medidas cautelares

Desde el artículo 519 hasta el 521 del COIP, se estipulan reglas generales para la aplicación de las medidas cautelares. La prisión preventiva es una entre varias medidas cautelares, sin embargo, contiene requisitos específicos. Por ende, las reglas generales se aplican también en el manejo de la prisión preventiva, aunque no son suficientes.

1.1. Finalidad y limitaciones constitucionales

En general, hay cuatro fines de las medidas cautelares (artículo 519 del COIP):

- a. Proteger los derechos de las víctimas y demás participantes en el proceso penal.
- b. Garantizar la presencia de la persona procesada en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral.
- c. Evitar que se destruya u obstaculice la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción.
- d. Garantizar la reparación integral a las víctimas.

Sin embargo, la prisión preventiva no podrá ser aplicada por los fines a), c) y d). Este resultado se desprende de la interpretación sistemática. El artículo 534 del COIP estipula la finalidad única para la prisión preventiva: garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso y el cumplimiento de la pena.

En correspondencia, la Constitución de la República del Ecuador manifiesta en su artículo 77, numeral 1, que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso”. Como el artículo 534 del COIP es la regla más concreta y el artículo 77 de la Constitución es superior en la jerarquía normativa, no caben otros fines en la aplicación de la prisión preventiva.

Recuerde -> La prisión preventiva será dictada exclusivamente para garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso¹⁷.

En las audiencias de flagrancia a menudo se escucha a jueces hablando de la supuesta necesidad de “evitar la obstaculización de la práctica de la prueba” y motivando la prisión preventiva con este fin. Ante el texto inequívoco del Código y de la Constitución, esta motivación contraviene a la ley. Dictar la prisión preventiva con el fin de ‘evitar la obstaculización’ es ilegal.

2. Procedimiento y requisitos formales

El artículo 520 del COIP determina “reglas generales de las medidas cautelares.” No obstante, las reglas establecidas en este artículo no se refieren a la procedencia de la prisión preventiva, **sino solamente a la procedencia de la solicitud**. Lo mencionado es una diferencia importante y fuente de muchos errores cometidos en las audiencias de flagrancia. Con frecuencia, las partes confunden **la procedencia de la solicitud con la procedencia de la medida cautelar**.

Ahora, aclararemos solamente los requisitos para la solicitud.

Primero, el juzgador puede ordenar medidas cautelares (y por ende la prisión preventiva) exclusivamente cuando se trate de un delito de acción pública.

El segundo requisito formal se encuentra estipulado en el artículo 520, numeral 2 del COIP. Según este, hay dos condiciones previas para cualquier medida cautelar: que **haya una solicitud** y que la solicitud **sea fundamentada**: “**La o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal**.”

¹⁷ Véase ya acerca el Código anterior “Nuestro país adopta una posición restrictiva, debida a que recoge como única razón para justificar la decisión de la prisión preventiva es la de asegurar la presencia de imputado al juicio, Diego Zalema, Manual de Litigación Penal: Audiencias Previas al Juicio. Quito 2012, pág. 138.

2.1. Solicitud fundamentada

Las palabras claves son “solicitud” y “fundamentada”. El COIP pone en claro que es el deber de la Fiscalía solicitar y **fundamentar** el pedido de la medida cautelar; es decir que sin solicitud fundamentada, no habrá disposición sobre la prisión preventiva.

Ahora bien, ¿qué significa fundamentar? Una solicitud debidamente fundamentada **expone todos los hechos de un caso de los cuáles se desprende la licitud de la medida cautelar**. La solicitud debe ser concluyente, en otras palabras, la alegación de la Fiscalía tiene que abarcar todos los requisitos materiales de la procedencia de la medida cautelar solicitada. El fiscal debe exponer los hechos que pueden ser subsumidos bajo el supuesto del hecho, es decir las premisas generales de la prisión preventiva, como lo establece el artículo 534 del COIP.

Ahora bien, uno puede entender mejor el **entrecruce** de requisitos formales y materiales. El examen de la procedencia formal de la solicitud no podrá anticipar la decisión final sobre la procedencia de la prisión preventiva. Sin embargo, y consta en el numeral 13 del artículo 5 del COIP, la Fiscalía debe hacer una exposición detallada de los fundamentos de su solicitud: según la ley, los sujetos procesales deben presentar en forma verbal las razones o argumentos de los que se **crean asistidos**. Si los hechos expuestos por la Fiscalía finalmente son suficientes para justificar la prisión preventiva, queda reservado a la decisión final (es decir decisión material) del juez. Particularmente, el juez debe considerar la proporcionalidad de la medida solicitada (artículo 520, numeral 4 del COIP).

No obstante, si la solicitud de la Fiscalía no es **coherente**, el juzgador deberá **rechazarla**. **Coherencia** es la idoneidad de la exposición del sujeto procesal para provocar la **consecuencia jurídica deseada**. Este es el caso cuando los hechos expuestos por la Fiscalía son subordinables bajo el supuesto del hecho que, como consecuencia jurídica de la norma, activa la consecuencia. En el caso del artículo 534, numeral 3 del COIP, la consecuencia jurídica deseada por la Fiscalía sería la prisión preventiva.

Sin embargo, según los hallazgos del estudio empírico sobre la prisión preventiva, la mayoría de las solicitudes carecen de una fundamentación explícita. En este caso, es la tarea de la defensa **solicitar el rechazo de la solicitud de la prisión preventiva por falta de fundamentación.**

2.2. Motivación de la decisión

Otro requisito primordial es la motivación por parte del juzgador. El legislador no sanciona el **resultado** de la decisión, sino su **forma**, su **realización**, es decir, la falta de la motivación debida. La decisión puede ser impugnada aunque sea “correcta” si carece de motivación. La obligación del juez es motivar debidamente su decisión, es la imagen reflejada de la obligación de la Fiscalía al fundamentar: los dos requieren la exposición de los hechos relevantes para la aplicación de la norma en cuestión.

La Constitución de la República en su literal 1, artículo 76.7 estipula claramente:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser **motivadas**. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se **considerarán nulos**. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.

Correspondiente con la cita, la Corte Constitucional del Ecuador, en su sentencia No. 030-15-Sep-CC, ha señalado que “en todos los casos, los jueces o tribunales **deberán hacer una exposición detallada de los fundamentos de su decisión, en relación directa con los hechos (...)**”.

El COIP establece, en el numeral 3 del artículo 520, que “el juzgador resolverá de manera motivada” la solicitud de una medida cautelar.

Ahora bien, ¿qué exactamente significa motivar y fundamentar? El literal 1, numeral 7 del artículo 76 de la Constitución de la República está parafraseando la noción de la **subsunción** en la siguiente frase:

No habrá motivación si en la resolución no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. En las palabras de la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la sentencia N.º 011-14-SEP-CC:

Esto quiere decir que corresponde a los jueces realizar un análisis objetivo, preciso, claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados, pues es necesario determinar cómo, de qué forma y en qué circunstancias se vinculan los hechos supuestamente violatorios con los derechos afectados, dentro del caso concreto¹⁸.

La Corte señala que motivar significa establecer una vinculación entre los hechos (los fundamentos fácticos) y las premisas (los derechos afectados). Solamente tras haber expuesto esta vinculación, como segundo paso de la subsunción puede tener lugar la conclusión lógica: “lo cual implica una coherencia entre las premisas y la conclusión”¹⁹. Es decir, solamente tras haber examinado si el fenómeno vital es un caso de la premisa, se puede concluir la consecuencia jurídica de la **premisa**.

2.3. Digresión: subsunción y silogismo

En detalle, los actos de fundamentar y motivar requieren que se aplique el **silogismo de determinación de la consecuencia jurídica**. Ahora bien, el artículo 534, numeral 3 del COIP es una norma jurídica completa. Por lo tanto debe ser tratada como tal, como se describe en la siguiente regla general: siempre que el supuesto de hecho esté realizado en un hecho concreto H, vale para H la consecuencia jurídica C²⁰. El supuesto de hecho (S) generalmente comprendido, está realizado en un hecho determinado, si H, visto lógicamente, es un “caso” de S. Por ello, para conocer qué consecuencia jurídica vale para un hecho, tengo que examinar si este hecho es **subordinable** como un “caso” a un determinado supuesto de hecho legal²¹.

¹⁸ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 011-14-SEP-CC, caso No. 2076-11-EP.

¹⁹ Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 092-13-SEP-CC, caso No. 0538-11-EP.

²⁰ Karl Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, 2001, p. 265.

²¹ Cfr. Larenz, op. cit., p. 265.

Este silogismo se puede expresar también en la siguiente formulación:

S à C (es decir, para todo caso de S vale C)

H = S (H es un caso de S)

H à C (Para H vale C)

El núcleo del trabajo de un jurista es examinar si $H = S$, si el fenómeno vital (el hecho) es subordinable a un supuesto de hecho. Al final del razonamiento jurídico tendremos el enunciado: ¿H (no) es un caso de S! Este enunciado se denomina comúnmente como **subsunción**. Lo que quiere decir: examinar si H es un caso de S o no.

En un caso concreto del silogismo, miremos el artículo 160 del COIP (privación ilegal de libertad).

“La o el servidor público que prive ilegalmente de libertad a una persona, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

Evidentemente, la consecuencia jurídica la encontramos en la oración relativa: será sancionado etc... Mientras el supuesto de hecho (S), abarca los siguientes presupuestos: 1. Servidor público. 2. Privación de libertad. 3. A una persona. 4. Ilegalidad de la privación. Si S está realizado en un hecho, en el fenómeno vital (por ejemplo en una resolución de un juez de Flagrancia) se deduce necesariamente la consecuencia: “pena privativa de libertad”.

Consideremos el caso en el que un juez de Flagrancia dicte la prisión preventiva con la motivación exclusiva del peligro de la obstaculización del proceso. Tenemos que examinar si el hecho (sus actuaciones y sus consecuencias) es subordinable al supuesto hecho estipulado en el artículo 160 del COIP: un juez es un servidor público. Si la persona procesada entra a la cárcel, ella es privada de su libertad. Si la persona entra a la cárcel por la resolución del juez, él también cuenta con el dominio del hecho (Supuesto de hecho no escrito). Si el juez conoce los hechos H, también actúa con dolo según el artículo 26 del COIP (Recuerde: para el dolo no es necesario que uno realice la conclusión jurídica debidamente, solo hay que

conocer los hechos subordinables a un supuesto de hecho)²².

Ahora bien, la justificación de la resolución mediante el supuesto “peligro de la obstaculización del proceso” es ilegal, pues contraviene a la letra del COIP y la Constitución. Como una cuestión jurídica se presenta la problemática si el artículo 160 del COIP se refiere a una ilegalidad formal o material: el concepto de la ilegalidad material pregunta: ¿La prisión preventiva hubiese sido procedente con una motivación debida? En caso de que sí, la detención fuera legal, mientras el concepto de la ilegalidad **formal** sostiene que la ley quiere sancionar la falta de la motivación debida. Todo esto es una cuestión de la interpretación de la norma,²³. Ella se basa en la letra de la ley, los objetivos conocidos del legislador, el contexto de las normas (su sistemática) y los valores de la Constitución.

Ante la importancia y alcance que concede el COIP a la motivación debida y al proceso debido (véase el artículo 520, numerales 2, 3, 4; 534 y 540 del COIP), se puede concluir que la norma sanciona la **ilegalidad formal**. Las normas citadas hablan de la “solicitud fundamentada”, de “resolverá de manera motivada”, “al motivar”, “de manera fundamentada” y finalmente, “de manera motivada”. Esta conclusión es resultado de una **interpretación contextual** del sistema normativo. La **interpretación constitucional** respalda este resultado. Como hemos visto arriba en este capítulo 2.2, en su literal I, el artículo 76 de la Constitución estipula claramente: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho.

²² Allí yace la problemática del error jurídico: ¿Qué significa para el dolo si el juez pensaba – erróneamente – que su resolución hubiese sido legal? ¿Todavía tenía el designio de causar daño según el artículo 160 COIP? En estos casos hay que preguntar si el error era evitable. Solo cuando el error jurídico era inevitable, él puede excluir el dolo.

²³ Además, podemos ver que se desdibuja la demarcación entre “hecho” y “concepto” ante la palabra “ilegalidad”. Evidentemente, ella no es un hecho, un fenómeno vital. Sin embargo, en la aplicación de la ley tenemos que examinar si las circunstancias de la detención (hechos) pueden ser subsumidos bajo el concepto “ilegalidad” (supuesto de hecho). Exactamente considerado, el hecho que podrá ser subsumido bajo el concepto es el resultado de una subsunción precedente: si la detención ha sido legal o ilegal. Karl Larenz señala que “exactamente considerado, no se subsumen los hechos -¿cómo habría de ser posible esto? -, sino enunciados sobre un hecho como hecho acaecido.” Cfr. Larenz, op. cit. pág. 268.

Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados”.

Es decir: según la Constitución de la República, meramente la falta de la motivación de una decisión, si es correcta en cuanto al contenido, sancionará a los jueces²⁴.

3. Solicitud Fiscal

Ante lo anotado, podemos retomar y detallar los requisitos de la solicitud de la Fiscalía. **El fiscal tiene que exponer los hechos H que, más adelante, podrán ser subsumidos bajo S.** Es decir: él tiene que presentar todos los fenómenos vitales (hechos) que permiten la conclusión jurídica: “la prisión preventiva es necesaria para asegurar su presencia (...)”. Si el fiscal no presenta los **hechos** necesarios para la subsunción, **su solicitud es improcedente**, como el artículo 520, numeral 2 del COIP señala: “El juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada”. La palabra “únicamente” estipula la solicitud fundamentada como presupuesto de la decisión del juez. Por ende, la estructura del Título V del COIP sobre el papel de la Fiscalía sigue el principio del Derecho Romano **Da mihi factum, dabo tibi ius**²⁵. El aforismo latín se puede traducir como “dame los hechos, yo te daré el derecho” (es decir, la consecuencia jurídica de dichos hechos, la subsunción). Como resumen, señalamos que es crucial para la solicitud, no la interpretación de la ley (o la repetición de su letra), **sino la exposición de hechos**²⁶.

²⁴ Sin embargo, es dudoso si la normativa establecida en el Literal l, del artículo 76.7 de la Constitución de la República podrá rendir los frutos deseados. Primero, es la tarea de los recursos legales y las instancias corregir fallos erróneos. La problemática del denominado “error excusable” es un ejemplo “acertado” del fracaso de la injerencia administrativa en la jurisprudencia. Por último, la intimidación con sanciones no podrá mejorar la cualidad de los fallos, ante las faltas de la formación profesional y, sobre todo, ante las injerencias políticas que inhiben muchas veces que los jueces apliquen las leyes debidamente, la amenaza indeterminada (“serán sancionados”) no es apto para lograr una buena práctica.

²⁵ Así se puede entender por qué el COIP utiliza “fundamentar” para sus exigencias las solicitudes de las fiscalías, mientras el juez tiene que “motivar” sus decisiones. Según del diccionario de la lengua española de la Real Academia Española, motivar significa “dar o explicar la razón o motivo que se ha tenido para hacer algo,” mientras fundamentar se refiere a “establecer la razón de una cosa.” Los hechos dan el fundamento para la conclusión, que tiene que ser explicado (=motivado) por el juez.

²⁶ “El relato de la acusación debe cubrir cada uno de los elementos del tipo penal imputado (...) y eso debe quedar claro al procesado ya que su derecho a la defensa implica conocer y comprender

Como **intolerables** se considera a las solicitudes que no pasen de frases sin referencia a los hechos concretos. Por ejemplo, la “alegación”:

... “existen también indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesario la prisión preventiva para asegurar la presencia al juicio y al ser un proceso en la que la sanción es de uno a cinco años estaríamos en un procedimiento especial y donde se estaría analizando la situación jurídica del ciudadano dentro de 10 días, por ello es importantísimo la prisión preventiva²⁷”.

Esta “alegación” no es apropiada, pues solo repite lo que dice el Código. No explica por qué otras medidas cautelares son insuficientes y no justifica su conclusión. (Alegando “por ello es importantísimo la prisión preventiva”, representa apenas una caricatura de la argumentación jurídica). La alegación no expone los hechos de los que se desprende el peligro procesal ni los “indicios”. Por eso, esa solicitud fiscal es **improcedente**.

Recuerde: La falta de fundamentación resultará en el rechazo de la medida solicitada (artículo 520, numeral 2 del COIP). Sin solicitud fundamentada, el juez no podrá disponer sobre la medida cautelar.

En caso de que un defensor público observe la falta de la exposición debida de los hechos en la solicitud de la prisión preventiva (es decir, la falta de una solicitud fundamentada según el artículo 520, numeral 2 del COIP), ella/él tendrá que **pedir el rechazo ante la falta de fundamentación**, la medida cautelar solicitada **no es precedente**.

En relación con esto, cabe mencionar los hallazgos en el **Perú** ante el nuevo Código Procesal Penal (CPP) presentados por el estudio de 112 audiencias. Como balance del nuevo régimen del CPP (2004), un de-

el hecho que se le atribuye”. Ernesto Pazmiño Granizo, Defensa Penal Pública y Litigación Penal, Quito, 2001, p. 348. Así también: “En un sistema acusatorio, es el fiscal quién tiene la carga de demostrar el supuesto material y los restantes requisitos de la prisión preventiva.” Diego Zalema, Manual de Litigación Penal: Audiencias Previas al Juicio. Quito 2012, p. 142.

²⁷ Véase Función Judicial, Caso 01282-2015-00118, página 32.

ensor concluye: “ahora cuando un requerimiento **no está bien sustentado**, se (el juez) **rechaza inmediatamente el pedido del fiscal**”²⁸.

3.1. Finalidad de la fundamentación

Como podemos ver, la Ley exige la fundamentación no solamente por un formalismo vacío, más bien la entiende como condición previa para considerar la prisión preventiva. El fin de la obligación de fundamentar una solicitud es poner al juez y a la persona procesada (y a su defensa) en conocimiento de las motivaciones de la medida solicitada. ¿Por qué ha sido solicitada? ¿Por qué el fiscal ve un peligro procesal en el caso (compartimiento) concreto? ¿Se basa en suposiciones o indicios? ¿Cuáles son sus premisas implícitas?

Solamente si la Fiscalía cumple con estos requisitos, el juez y la defensa pueden examinar si la medida es procedente o no, si H (hechos presentados por la Fiscalía) es subordinable a S (los supuestos materiales del artículo 534 del COIP). Para subrayar la importancia, el Código repite esta obligación en el artículo 534 del COIP: “el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador **de manera fundamentada**, que ordene la prisión preventiva (...)”²⁹.

Sin embargo, la práctica de la administración de la justicia penal del Ecuador muestra que la gran mayoría de las solicitudes carecen de la fundamentación debida. Como ya hemos mencionado, en este caso, **será la tarea apremiante de los defensores solicitar el rechazo** de la medida cautelar solicitada por falta de fundamentación.

Es importante destacar que la defensa no rechazará la solicitud por falta de cumplimiento de los presupuestos materiales establecidos en el artículo 534, numerales 1, 2 y 3 del COIP, sino **“meramente” por falta de un requisito formal**. Reitero: por falta de fundamenta-

²⁸ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile, 2011: Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina. Evaluación y Perspectiva. Volumen 2, pág. 296. El estudio señala que antes, es decir, bajo del régimen del Código del 1991, había una ausencia de roles diferenciados. En otros términos, “el mismo sujeto que podría considerar procedente la disposición de detención es el encargado de finalmente dictarla”. Cfr., Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Op. cit. pág. 236.

²⁹ Negrilla por el autor.

ción debida. Sin fundamentación, ni la defensa ni el juzgador podrán saber si la medida cautelar es procedente; no sabemos la razón por la que la Fiscalía ha solicitado la medida cautelar y es por eso que no podemos deliberar en contra de la solicitud; es decir hablar sobre la subsunción bajo los presupuestos materiales. Ante la falta de fundamentación, la defensa tiene que alegar contra un “banco de niebla”. Por ende, las obligaciones de la Fiscalía establecidas en los artículos 520, numeral 3, y 534 del COIP forman un elemento decisivo de un juicio equitativo. La **igualdad de armas** requiere que los sujetos procesales tengan el mismo nivel de información antes de la valoración y decisión de la medida cautelar. La audiencia debe ser un “espacio de debate oral, público y contradictorio. (...) La audiencia como espacio privilegiado para generar lo que en la reforma se ha denominado *información de calidad*, se convierte en el último tamiz de los argumentos de fiscales y defensores, a partir de lo cual el juez (...) deberá decidir sobre la materia de debate”³⁰.

Finalmente, la obligación de la Fiscalía es fundamentar su solicitud, refleja la **división de roles** en el sistema acusatorio. El acusador debe ser distinto al juzgador. El acusador **requiere**, el juzgador **decide** y por ende el juzgador dispondrá únicamente a solicitud del fiscal (artículo 520, numeral 2 del COIP³¹), mientras el juzgador resolverá en la audiencia oral, pública y **contradictoria** (artículo 520, numeral 3; artículo 5, numeral 13 del COIP).

Recuerde: El objeto de la reglamentación del COIP es que la Fiscalía dé una exposición clara y contundente de los hechos de los cuales se desprenda (o no) la necesidad de la prisión preventiva.

³⁰ Cfr., Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Op. cit. p. 250. Resalte en original.

³¹ Nuevamente, cabe mencionar los hallazgos en el Perú ante el nuevo Código Procesal Penal: “La separación de las funciones de requerir y decidir la prisión preventiva permite alcanzar mayores niveles de rigurosidad, primero en la sustentación de la solicitud, y luego, durante la valoración y decisión de la medida”. Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Op. cit. pág. 250.



**Capítulo
II**

1. Prisión preventiva y proporcionalidad

La ley estipula como únicas finalidades de la prisión preventiva la **comparecencia** de la persona procesada en el proceso y **el cumplimiento de la pena** (artículo 534, inciso 1 del COIP)³².

El COIP concede la facultad de privar a una persona inocente de su libertad para garantizar su comparecencia al proceso. Ante la presunción de inocencia³³ y el derecho a la libertad es evidente que la privación de la libertad debe cumplir con presupuestos **estrictos**. Según el COIP, deben concurrir **cuatro** requisitos para ordenar la privación de una persona inocente:

1. La alta probabilidad de que la persona procesada sea autora de un delito de acción pública (artículo 534, numeral 1 y 2).
2. La alta probabilidad de que el comportamiento de la persona sospechosa represente un peligro para el proceso (artículo 534, numeral 3).
3. Que la infracción en cuestión sea sancionada con pena privativa de libertad superior a un año (artículo 534, numeral 4).
4. La necesidad de la prisión preventiva (su proporcionalidad).

Lo medular en cualquier alegación sobre la prisión preventiva, en las audiencias de flagrancia, será la **intensidad del peligro procesal**, parafraseada por el COIP como “**indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena**”.

³² Lógicamente, la comparecencia al proceso es prioritaria. Sin proceso no habrá pena. El ámbito de la aplicación de la segunda alternativa (cumplimiento de la pena) es limitado a casos en que el peligro procesal se muestra no hasta el proceso.

³³ Artículo 5 numeral 4 COIP: “toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”.

El **peligro procesal** es un **requisito no escrito** para cualquier medida cautelar. Se puede desprender este supuesto material directamente a través de la lógica: si no existe el riesgo de que la persona procesada no comparezca al proceso, no existe la necesidad para las medidas cautelares (artículo 522 del COIP: “para asegurar la presencia de la persona procesada”; artículo 534 del COIP: “para garantizar la comparecencia de la persona procesada(...).”).

Ante el texto literal de la norma podemos concretar el **presupuesto material** de la medida cautelar en cuestión: como el sistema del COIP puede enfrentar el peligro procesal también con medidas cautelares **no privativas de libertad** (artículo 522 del COIP), la admisibilidad de la prisión preventiva requiere un **peligro procesal** de cierta **intensidad**. El peligro procesal que presente la persona procesada debe ser de tal manera **intenso**, que las medidas cautelares no privativas fueran **insuficientes**. Solamente en estos casos, la aplicación de la prisión preventiva es **necesaria** en el sentido del artículo 534, numeral 3, del COIP. El adjetivo “necesaria” expresa el principio universal de **proporcionalidad**, y es por ello que el juez debe, al motivar su decisión, considerar “los criterios de **necesidad** y **proporcionalidad** de la medida solicitada” (artículo 520, numeral 4 del COIP)³⁴.

1.1 Digresión: proporcionalidad

Proporcionalidad quiere decir, en pocas palabras, que debería haber un **equilibrio** entre el daño que causa una medida (aquí: privación de libertad) y su ‘ganancia’ (comparecencia al proceso, facilita la administración de la justicia).

³⁴El artículo 520, numeral 4 del COIP, que se encuentra en el Capítulo Primero del título V, bajo el rubro “Reglas generales de las medidas cautelares”, contiene una exigencia a la calidad de cada motivación de la resolución. La norma obliga al juez a motivar su decisión debidamente, es decir, exige la publicidad de su móvil acerca de los criterios de necesidad y proporcionalidad. Aunque el texto literal del artículo nos deja entenderlo como norma de tramitación (cada resolución debe abarcar consideraciones de necesidad y proporcionalidad), los dos conceptos jurídicos subyacen el manejo de todas las medidas cautelares: sin aplicación del criterio de necesidad y proporcionalidad no hay motivación en el sentido del COIP y la Constitución.

El requisito “necesidad” de la prisión preventiva ya está especificado en el artículo 534, numeral 3 del COIP (“son insuficiente” y “necesaria”). La relación entre necesidad y proporcionalidad al aplicar el artículo 534 COIP discutiremos más adelante.

Por eso, cada aplicación de la prisión preventiva debe considerar, en el marco de la ponderación, el **daño** que provocará la privación de libertad (por ejemplo: pérdida de relaciones familiares y sociales, del trabajo y, debido a las falencias en la administración de las cárceles en nuestra región, muchas veces **perjuicio en la misma integridad física**).

Para la **concreción** del principio de proporcionalidad, el COIP como la Constitución, estipulan que las medidas cautelares no privativas de libertad se aplicarán de **forma prioritaria** a la privación de libertad (artículo 77, numeral 1 de la Constitución, artículo 522 del COIP).

De conformidad con lo anterior, el artículo 534, numeral 4, del COIP es otra concreción del principio de proporcionalidad *de lege lata*: aunque haya un peligro procesal (por ejemplo, peligro de fuga) y elementos de convicción suficientes de que existe un delito y que la persona procesada es autora del delito, la ley no permite la prisión preventiva en estos casos. Los daños provocados por la prisión preventiva no justificarán el beneficio si la pena en cuestión no supera un año, es decir: la prisión preventiva no es **proporcional**.

De igual manera, hay que entender el artículo 537 del COIP: la ley **concede** que mujeres en estado de gestación, personas mayores de 65 años y personas con enfermedades graves serán afectadas por la prisión preventiva tan **gravemente** que los daños provocados por la medida cautelar **prevalecen** sobre los beneficios de la ejecución de la prisión preventiva. Dicha norma es el **reconocimiento generalizado** de ciertos daños provocados por la privación de libertad en perjuicio de ciertas personas, **anticipados** y **fijados** por el **legislador**. Por ende, la prisión preventiva puede ser sustituida sin perjuicio de la pena con que se sancione la infracción en los casos establecidos en el artículo 537 del COIP.

No obstante, la norma es **redundante**³⁵. De ningún modo se puede concluir del artículo 536, inciso 1, frase 2 del COIP, la necesidad del

³⁵A pesar de eso, el artículo 537 COIP sigue siendo un punto de referencia importante para la valoración realizada por el legislador, es decir, el círculo de personas que ha sido afectado particularmente por la prisión preventiva. Sería un formalismo y un error grave considerar a la prisión preventiva siempre proporcional cuando una persona no fuera abarcada por el artículo 537 del COIP, pues el principio de la proporcionalidad requiere una ponderación en cada caso concreto.

artículo 537 del COIP, dado que aquella norma solo regla la **sustitución** de la prisión preventiva, es decir, se la considera cuando la prisión preventiva haya sido ordenada³⁶. La sustitución (y no la orden) de la prisión preventiva no cabe en infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior de cinco años, salvo en casos dispuestos en el artículo 537 del COIP.

No hay **conclusión inversa** del artículo 536, inciso 1 del COIP, a la inadmisibilidad de alternativas de la prisión preventiva en casos de infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años³⁷. Consecuentemente, **incluso en casos de infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años, las alternativas a la prisión preventiva no podrán ser descartadas categóricamente.**

En sentido concordante, la Corte Europea ha establecido que **el riesgo de fuga no puede ser establecido únicamente con base en la severidad de la eventual sentencia**, sino que debe considerarse en conjunto con otra serie de factores relevantes. La expectativa de una sentencia prolongada y el peso de la evidencia pueden ser relevan-

³⁶ Sería un error grave por parte de la defensa (pública), solicitar la sustitución de la prisión preventiva y sosteniendo en el mismo momento que no hayan indicios de la participación probable del procesado en el hecho.

³⁷ Esto sería una analogía en perjuicio de la persona procesada. El artículo 13, numeral 3 del COIP estipula: queda prohibida la utilización de la analogía para crear infracciones penales, ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos. Pues, considerando la inadmisibilidad de la prisión preventiva en casos con una pena superior a cinco años con el artículo 536 COIP es una conclusión de un caso conocido a un caso desconocido (o no reglamentado).

Así, también se viola el principio de presunción de inocencia cuando la prisión preventiva está determinada esencialmente, por ejemplo, por el tipo de delito, la expectativa de la pena o la mera existencia de indicios razonables que vinculen al acusado. En estos casos también se está aplicando una pena anticipada, previa a la conclusión del proceso mismo, entre otras razones porque materialmente la detención previa al juicio, en tanta privación de libertad, no difiere en nada de la que se impone como resultado de una sentencia. Cuando la aplicación de la prisión preventiva con base en criterios como los mencionados se hace obligatoria por imperio de la ley, la situación es aun más grave, porque se está “codificando” por vía legislativa el debate judicial; y por tanto, limitándose la posibilidad de los jueces de valorar su necesidad y procedencia de acuerdo con las características del caso específico personas que aún están siendo investigadas, o en todo caso no han sido condenadas (CrEDH, Case of *Allenet de Ribemont v. France* (Application No. 15175/89), Sentencia del 10 de febrero de 1995 (Sección Segunda de la Corte), párrs. 36 y 37. En el mismo sentido, véase también: ONU, HRC, Communication No. 770/1997, *Dimitry L. Gridin v. Russian Federation*, decisión del 18 de julio de 2000, CCPR/C/69/D/770/1997, párr. 8.3).

tes, pero no son decisivos en sí mismos, **en ausencia de otros elementos el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías**. La sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga³⁸.

Del artículo 536, inciso 1 del COIP, no se puede desprender que no habrán alternativas a la prisión preventiva en estos casos, como la norma no regla **la aplicación**, sino, en un segundo paso lógico y administrativo, **la sustitución** de la medida cautelar. Sistemáticamente, la norma es establecida entre la revocatoria (artículo 535 del COIP) y la suspensión (artículo 538 del COIP), es decir, pasos procesales posteriores a la orden de la prisión preventiva. En cambio, el manejo debido del **principio de proporcionalidad** ya inhibiría la orden de la prisión preventiva para personas vulnerables al principio: la aplicación debida del principio de la proporcionalidad debería excluir a personas vulnerables de la ejecución de la prisión preventiva sin necesidad de recurrir al esquematismo rígido del artículo 537 del COIP.

Como hemos visto anteriormente, el COIP establece la **necesidad** como supuesto material de la prisión preventiva (artículo 534, numeral 3), mientras habla de la necesidad y proporcionalidad en su artículo 520, numeral 4, es decir, en las “Reglas generales de la medidas cautelares”. Del artículo 520 del COIP se puede deducir que el juicio que dicta una medida cautelar **por principio** debe considerar aspectos de **proporcionalidad**. Ella es una de las reglas generales, no obstante el COIP solo habla explícitamente de la necesidad al final del artículo 534, numeral 3. La estructura de este artículo y numeral hay que entender de la siguiente manera: Como **segundo** requisito de la norma, el juez debe explicar por qué la prisión preventiva es necesaria, ya sabiendo que las medidas alternativas son insuficientes, pues la resolución debe abarcar los dos elementos del supuesto de hecho; es decir, **insuficiencia** de medidas alternativas y **necesidad** de

³⁸CrEDH, Case of Piruzyan v. Armenia (Application No. 33376/07), Sentencia del 26 de junio de 2012 (Tercera Sección de la Corte), párr. 95 y 96; CrEDH, Case of Panchenko v. Russia (Application No. 45100/98), Sentencia del 8 de febrero de 2006 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 105; CrEDH, Case of Becciev v. Moldova (Application No. 9190/03), Sentencia del 4 de octubre de 2005 (Sección Cuarta de la Corte), párr. 58; CrEDH, Case of Muller v. France (Application No. 2180/93), Sentencia del 17 de marzo de 1997 (Pleno de la Corte), párr. 43; CrEDH, Case of Letellier v. France (Application 12369/86), Sentencia del 26 de junio de 1991 (Pleno de la Corte), párr. 43.

la prisión preventiva. Esta nivelación de la Ley es una concreción del principio de la **proporcionalidad**. Aunque las medidas alternativas se presenten insuficientes (ante los hechos debidamente expuestos), según el artículo 534, numeral 3 del COIP, la prisión preventiva todavía puede ser innecesaria.

Por lo tanto, ante esos casos, deberíamos aclarar tanto la relación entre necesidad y proporcionalidad, como el principio de proporcionalidad en general.

1.1.1 El principio de proporcionalidad y sus subprincipios idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

La aplicación del principio de proporcionalidad es puro derecho procesal penal constitucional³⁹, pues en desarrollo de este principio el juez de garantías penales⁴⁰ obra a través de la ponderación como juez constitucional. En concreto: si una norma de derecho fundamental, con carácter de principio, entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma del derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación.

No obstante, **el principio de proporcionalidad** debe ser comprendido como una **metodología de interpretación jurídico-constitucional del conjunto de normas** que hacen parte del derecho penal y los derechos fundamentales establecidos constitucionalmente. Es decir, la proporcionalidad es un criterio para establecer el marco constitucional de la legislación penal **en conjunto**. En la labor de la ponderación, el juez considera **todos los principios elevados a rango constitucional**. Estos son, sobre todo, los principios y decisiones de valor que han hallado expresión en la Constitución⁴¹. Por esa ra-

³⁹ El texto sigue el excelente resumen de la teoría de los tres niveles o grados (dominada “Dreistufentheorie” elaborada por el Tribunal Constitucional Alemán en concreción del principio de proporcionalidad por Alejandro Aponte: Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal, 2da edición 2006, Bogotá (Consejo Superior de la Judicatura - Sala Administrativa), pp. 26 - 32, aquí página 27.

⁴⁰ Artículo 225 numeral 3 COIP.

⁴¹ Karl Larenz, op. cit., pág. 337.

zón sirve al juez, en general, para la fundamentación de su juicio, en los diferentes eventos.

El principio de proporcionalidad tiene un significado especial en el contexto de la instrucción de un proceso garantizador de límites derivados de los derechos fundamentales. Ha sido considerado como “**límite de todas las limitaciones de los derechos fundamentales**”.

En el caso particular de las medidas cautelares, funciona en la práctica como el presupuesto clave en la regulación de la prisión preventiva en todo Estado de derecho y tiene la función de conseguir una solución del **conflicto** entre el derecho a la **libertad personal** y el derecho a la **seguridad del individuo**, garantizada por las necesidades ineludibles de una **persecución penal eficaz**. O, de igual manera, opera como un correctivo de carácter material frente a una prisión preventiva **que formalmente aparecería** como procedente, pero **con respecto a la cual no podría exigírsele al imputado** que se sometiera a la misma.

Tres reglas generales, “principios parciales” o “subprincipios”, de acuerdo con la doctrina internacional, pueden aplicarse para la concreción del principio de proporcionalidad en cada caso particular: son ellos los subprincipios de **idoneidad**, de **necesidad** y de **proporcionalidad en sentido estricto**. Todos ellos operan en la práctica, con el propósito de valorar la legalidad y la legitimidad de las intrusiones estatales en los derechos fundamentales⁴².

1.1.2. Idoneidad

En primer lugar, las intervenciones deben ser **adecuadas** para alcanzar la finalidad perseguida. También se conoce este principio de **idoneidad** como principio de **utilidad**. De manera general, se establece que la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida misma en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos

⁴² La Corte Constitucional colombiana reconoce, en relación con lo expuesto, que el concepto de proporcionalidad está compuesto por “tres conceptos parciales” (Corte Constitucional, sentencia C-1410 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz).

del delito concreto, que es materia de instrucción. Dice, a propósito el Tribunal Constitucional alemán (Bundesverfassungsgericht) ya en el año 1958, en la sentencia conocida en la doctrina constitucional como *Apothekenurteil*:

Una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista cuando con su auxilio se aproxima al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado o cuando no despliega absolutamente ninguna eficacia respecto de la finalidad⁴³.

Como la única finalidad de la prisión preventiva es la comparecencia de la persona procesada a su juicio, el aspecto de la idoneidad de la privación de la libertad normalmente no será problemático. Sin embargo, frente a las observaciones de audiencias de flagrancias en la ciudad de Quito, realizadas por la Defensoría Pública para este manual, se puede dar ejemplos de una orden de prisión preventiva no apta para alcanzar la finalidad prevista en el Código: la jueza justificó ya ilegalmente la orden de prisión preventiva con la consideración de la “obstaculización del juicio”. La persona procesada era sospechosa de haber intentado ingresar drogas a una cárcel y, además, supuestamente trabajaba con una red de narcotraficantes que operaba **dentro** de la cárcel. Como consecuencia del error de la jueza, la persona procesada fue trasladada a la prisión, donde se encontraban con sus supuestos cómplices, lo que evidentemente frustraba la finalidad prevista: impedimento del intercambio de informaciones y pactos secretos entre los supuestos cómplices.

Es decir, se admite que una medida es adecuada cuando no es totalmente inadecuada para lograr el fin. Es la lógica misma de la dogmática de ponderación, como método propio del constitucionalismo moderno: caso por caso, el juez deberá encontrar la medida más idónea y adecuada.

⁴³ BVerfGE 7, 377, p. 412.

Las características esenciales de este subprincipio son las siguientes:

Constitucionalidad: esto significa que cada medida que limita los derechos fundamentales de la persona procesada (como la prisión preventiva), debe ser concebida de acuerdo con su funcionalidad. Así, para saber si es idónea o adecuada, debe establecerse que la medida sirva efectivamente para la consecución de la finalidad prevista. Se trata de evaluar siempre la legitimidad constitucional del objetivo o finalidad previstos.

Control de la desviación posible de los parámetros legales: también se reseña esta característica en función del control de una desviación posible de poder, se trata de analizar el sentido exacto de la intención de la autoridad correspondiente en función de la medida dispuesta. Así, se trata de constatar que con la medida no se busquen finalidades no previstas estrictamente por la ley. En el ejemplo planteado arriba, la jueza buscaba una finalidad no prevista (impedimento de la obstaculización del proceso) por la ley y por eso su decisión ha sido ilegal.

El subprincipio de idoneidad además es caracterizado por su **flexibilidad**. Esto significa que la idoneidad debe hacer referencia a la causalidad del medio (**causa**) en relación con el fin propuesto (**efecto**). De esta forma, el juicio sobre la idoneidad de una medida implica la realización de un pronóstico sobre la **aptitud** de la medida en relación con el fin pretendido. La medida es idónea si con su ayuda el éxito deseado puede ser facilitado.

Finalmente, el subprincipio tiene un **carácter preponderantemente empírico**, es decir, el juez tiene que examinar las consecuencias de la medida solicitada. Él debe tener la certidumbre de que la medida solicitada en realidad tendrá las consecuencias sostenidas por la Fiscalía.

1.1.3. Necesidad

En segundo lugar, el análisis de admisibilidad de la prisión preventiva pasa por un examen de **necesidad**. En relación con la aplicación de las medidas con injerencia probable en los derechos de la persona, en el contexto del proceso penal, necesidad significa que solamente cuando el Estado **no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima la intervención**. Por lo tanto, el juez, al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, **debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y que justifique que no existe otra posibilidad**⁴⁴. sino aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, el juzgador debe evaluar que efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Solo así podrá autorizar la injerencia.

Este “subprincipio”, también llamado de “intervención mínima”, de “exigibilidad”, de “subsidiariedad” o de “alternativa menos gravosa” significa que el medio seleccionado para alcanzar el fin propuesto, no pueda ser remplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa.

Lo fundamental en relación con este concepto, es que la medida menos gravosa sea apta para lograr el mismo resultado. Según la jurisprudencia internacional, la medida **“no será necesaria cuando el mismo o mejor resultado puede ser alcanzado con una injerencia menos gravosa”**.

En el caso de las medidas cautelares, se debe, como hemos visto anteriormente, buscar la **medida menos gravosa** frente al fin propuesto. En relación con la aplicación de las medidas con **injerencia** probable en los derechos fundamentales de la persona procesada, en el contexto del proceso penal, como se mencionó anteriormente, la **necesidad** significa que **solamente** cuando el Estado **no tenga a disposición ningún otro medio que permita obtener el mismo resultado, es legítima** la intervención. El sistema del COIP, sobre

⁴⁴ Por eso, la fundamentación de la Fiscalía es tan importante: solamente frente a una fundamentación debida, las partes procesales pueden examinar si la medida solicitada sea necesaria.

todo en su artículo 534, numeral 3, ha establecido una concreción clara y consecuente frente a las exigencias del subprincipio de necesidad: en última instancia, el juez debe verificar que la medida más gravosa, como es la prisión preventiva, sea utilizada como **ultima ratio**, de tal manera que si el fin se logra con otros medios, estos deben adoptarse.

Al efectuar el juez la ponderación sobre la **gravedad** de las **injerencias** propuestas por la Fiscalía, debe considerar de manera particular los **efectos secundarios** que puedan acompañar la obtención del resultado pretendido. Es decir: el juez siempre debe evaluar el **impacto** de la medida **solicitada sobre la situación familiar, laboral o social del imputado**. De esta forma, el juicio del juez de Garantías Penales, no se debe agotar en la **inmediatez** de la medida, en sus efectos inmediatos; deberá estar atento a los **efectos secundarios** de dicha decisión⁴⁵.

Sin embargo, solo a base de una **verificación empírica**, el juez podrá considerar de **manera particular** los efectos secundarios de la medida solicitada por la Fiscalía y llevar a cabo la ponderación imprescindible para el juicio sobre la proporcionalidad. Por ende, el juez, al dictar la prisión preventiva, debe tener conocimientos **minuciosos** de la cárcel en cuestión.

1.1.4. Proporcionalidad en sentido estricto

En tercer lugar, el examen de admisibilidad de una medida, pasa por las consideraciones de **proporcionalidad** en sentido estricto. Se trata, en este caso, de ponderar hasta qué punto resulta admisible la limitación de un derecho fundamental frente a las exigencias constitucionales que tienen las autoridades de persecución penal para realizar su labor de administrar justicia. Se trata, en suma, de **equilibrar** la balanza de dos **intereses en conflicto**: de un lado, las exigencias constitucionales de administrar justicia y, del otro, aquellos que se sitúan en la esfera de la **individualidad** y que son catalogados en la misma Constitución Política como derechos fundamentales.

⁴⁵ Véase por todo lo expuesto: Alejandro Aponte Cardona, op. cit., pág. 31.

De manera general, en relación con las previsiones legislativas con **intervención** en los **derechos fundamentales** y de creación de tipos penales, se establece que de acuerdo con el subprincipio mencionado, para que una intervención penal en la libertad o en los demás derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de la intervención (es decir, de protección del bien jurídico) debe ser por lo **menos equivalente** al grado de afectación de la **libertad o del derecho fundamental**.

En el caso de la prisión preventiva, el juez debe, en el marco de la consideración de la proporcionalidad, estar atento a la situación real de las cárceles ecuatorianas. Aunque el COIP prohíbe, por ejemplo, el hacinamiento (artículo 4), no se puede desprender de la norma que no haya hacinamiento en la realidad de las cárceles. Al juez le corresponde al dictar la prisión preventiva la obligación de **cerciorarse** de las **condiciones reales** en la cárcel en cuestión (Por ejemplo: ¿hay, de verdad, un acceso efectivo a la salud como estipula el COIP?)⁴⁶. Caso contrario, los daños a la salud que sufre la persona procesada deben ser considerados en la **ponderación constitucional**. Como el derecho fundamental a la integridad física prevalece sobre el derecho del Estado a administrar la justicia penal, la prisión preventiva no se puede dictar cuando el Estado no puede garantizar la integridad física de la persona procesada: no hubiera proporcionalidad en el sentido estricto.

1.2 ἐπιείκεια (equidad) y proporcionalidad

A menudo se observan dificultades frente al manejo del principio de proporcionalidad, pues este principio no se puede aplicar como una norma completa, es decir, el juzgador no puede subsumir hechos bajo un concepto general para obtener la consecuencia jurídica. A primera vista, el principio de la proporcionalidad parece opuesto a la normativa a aplicarse, incluso como un cuerpo extraño, pues el juzgador debería utilizar exclusivamente la ley escrita para su conclusión jurídica.

⁴⁶Art 12, numeral 11 COIP: “La persona privada de libertad tiene derecho a la salud preventiva, curativa y de rehabilitación, tanto física como mental, oportuna, especializada e integral. Para garantizar el ejercicio de este derecho se considerarán las condiciones específicas de cada grupo de la población privada de libertad”.

Sin embargo, los ordenamientos jurídicos abarcan o por lo menos implican este principio, y también el COIP exige de los juzgadores considerar la proporcionalidad de la medida cautelar **al motivar** la decisión sobre la medida solicitada (artículo 520, numeral 4, del COIP). Por ende, aunque la proporcionalidad no es una norma jurídica completa en el sentido del **silogismo** (con el supuesto de hecho S, el hecho concreto H para subsumir, y la consecuencia jurídica C), ella debe estar presente en la toma de decisiones jurídicas: como **correctivo** para asegurar lo justo ante las normas generalizadas.

Ya fue Aristóteles (384 a. C. - 322 a. C) que, en su *Moral a Nicómaco*⁴⁷, ha señalado que **“lo injusto es a la vez el exceso en más y el defecto en menos en todo lo que puede ser útil o dañoso; sin tomar nunca en cuenta la proporción”**^{48 49}. Por consiguiente, **la injusticia** es un **exceso**, pues subsiste perennemente en el exceso con relación al individuo mismo, mientras lo justo es un medio entre sufrimiento y provecho: “Lo igual que ocupa el medio entre uno y otro, es lo que llamamos lo justo; y en resumen, **lo justo (...) es el medio entre la pérdida o el sufrimiento del uno y el provecho del otro**”⁵⁰.

En pocas palabras, Aristóteles ha anticipado lo que hoy en la dogmática constitucional entendemos como **proporcionalidad**. Ante eso y en el caso de la prisión preventiva podemos sostener que una **aplicación justa** de la medida cautelar consta en el equilibrio entre **la pérdida de la libertad** de la persona procesada y el **provecho del Estado a administrar la justicia** – y que lo **injusto** en su aplicación sería el **exceso**, la falta del equilibrio entre el uno y el otro.

Aristóteles ha dedicado el capítulo X del libro quinto de su *Moral a Nicómaco* a la nación de **ἐπιείκεια** (epeiikeia, traducido por equidad). Ante la importancia de esta noción para la aplicación pro-

⁴⁷ Dedicado a su hijo Nicómaco.

⁴⁸ Aristóteles, libro quinto, capítulo V, traducido por Patricio de Azcárate Corral.

⁴⁹ Según la Real Academia Española, la proporción es la “disposición, conformidad o correspondencia debida de las partes de una cosa con el todo o entre cosas relacionadas entre sí”.

⁵⁰ Aristóteles, *Moral a Nicómaco*, libro quinto, capítulo V, traducido por Patricio de Azcárate Corral.

porcional de una injerencia estatal, se cita a continuación el párrafo decisivo del capítulo en su integridad:

La dificultad está en que **lo equitativo siendo lo justo, no es lo justo legal**, lo justo según la ley; sino que es una **dichosa rectificación** de la justicia rigurosamente legal. La causa de esta diferencia es, **que la ley necesariamente es siempre general**, y que hay ciertos objetos sobre los cuales no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. Y así, en todas las cuestiones respecto de las que es absolutamente inevitable decidir de una manera puramente general, sin que sea posible hacerlo bien, **la ley se limita a los casos más ordinarios, sin que disimule los vacíos que deja**. La ley por esto no es menos buena; **la falta no está en ella**; tampoco está en el legislador que dicta la ley; **está por entero en la naturaleza misma de las cosas**; porque esta es precisamente la condición de todas las cosas prácticas. Por consiguiente, cuando la ley dispone de una manera general, **y en los casos particulares hay algo excepcional**, entonces, viendo que el legislador calla o que se ha engañado por haber hablado en términos absolutos, es **imprescindible corregirle** y suplir su silencio, y hablar en su lugar, como él mismo lo haría si estuviera presente; es decir, haciendo la ley como él la habría hecho, **si hubiera podido conocer los casos particulares de que se trata**.

Por lo tanto, lo equitativo es también justo, y vale más que lo justo en ciertas circunstancias, no más que lo justo absoluto, pero es mejor que la falta que resulta de los términos absolutos que la ley se vio obligada a emplear. Lo **propio y lo equitativo consiste** precisamente en **restablecer** la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido. Lo que hace también que no pueda ejecutarse todo en el Estado por medio sólo de la ley, que para ciertas cosas es absolutamente imposible dictar una ley; y por consiguiente que es preciso recurrir a un decreto especial. Tratándose de cosas indeterminadas, **la ley debe permanecer indeterminada** como ellas, igual a la regla de plomo de que se sirven en la arquitectura de Lesbos, la cual, como es sabido, se amolda y se acomoda a la forma de la piedra que mide y no queda rígida; pues de este modo el decreto especial se acomoda a los diversos negocios que se presentan.

Se ve, pues, claramente qué es lo equitativo y qué es lo justo y a qué clase de lo justo es preferible lo equitativo. Esto prueba con no menos evidencia, quién es la persona equitativa, es la que prefiere por una libre elección de su razón y práctica en su conducta actos del género que acabo de indicar, que no sostiene su derecho con extremado rigor, sino que por lo **contrario cede, aun cuando tenga en su favor el apoyo de la ley**. Este es el hombre equitativo; y esta disposición moral, esta virtud, es la equidad, que es una especie de justicia y **no una virtud diferente de la justicia misma.**”

Este es, en pocas palabras, el origen conceptual del concepto jurídico “proporcionalidad”, o mejor dicho, de la **proporcionalidad en el sentido estricto**. Es decir, la relación entre medio y fin debe admitir una medida proporcional. El resultado de la secuencia lógica está ligado, también y de manera general, a la noción de razonabilidad. El destinatario de la medida empleada; no ha de soportar un sacrificio no **razonable** (no equitativo) en relación con el interés estatal o social en el funcionamiento de la administración de justicia. Hay que ponderar los bienes e intereses colectivos e individuales tutelados por el orden jurídico legal y constitucional, y determinar si se encuentran en una relación razonable en función del fin que se promueve⁵¹ para evitar el exceso (la injusticia) que es, en las palabras de Aristóteles, “la justicia rigurosamente legal”⁵².

⁵¹Alejandro Aponte, op. cit. p. 32.

⁵²Sin embargo, el COIP requiere *expressis verbis* la consideración de la proporcionalidad, es decir, ella está incluida en la ley no opuesta.

2. Requisitos para dictar la prisión preventiva

2.1. Peligro procesal – necesidad de la prisión preventiva

Como hemos visto, la ley requiere un **riesgo procesal**⁵³ de **cierta intensidad** para que un juez pueda ordenar la prisión preventiva. Según su artículo 522, el COIP **favorece** medidas cautelares **no privativas** de libertad para prever el riesgo procesal (es decir, “para asegurar la presencia...”).

Ante esta decisión del legislador, la pregunta decisiva se puede reformular en la siguiente manera: ¿cuándo son insuficientes las medidas no privativas de libertad? La evaluación del **concepto jurídico indeterminado** “insuficiencia” depende, de nuevo, de la **intensidad** del riesgo procesal. Para determinar este riesgo, hay que considerar la gravedad del supuesto delito, pues la administración de la justicia sufre más si un proceso por un supuesto homicidio se frustra, que por un supuesto hurto. Por ende, el concepto del peligro procesal tiene **dos componentes**: la **probabilidad** de la “*non-presencia*” (peligro de fuga como riesgo procesal en el sentido estricto) y la **gravedad** de delito. Como hemos visto arriba en la discusión del artículo 534, numeral 4, del COIP, la ley excluye incluso la alta probabilidad de la “*non-presencia*” como justificación de la prisión preventiva cuando la pena en cuestión no es superior de un año⁵⁴. No obstante, si no hay ningún riesgo de la non-presencia (peligro de fuga), no se puede dictar la prisión preventiva incluso en delitos graves.

Regla general para determinar **la intensidad del peligro procesal**: entre más grave es el delito, menos alta tiene que ser la probabilidad de la no-comparecencia. No obstante, si no existe el riesgo de que la persona procesada evite el proceso, incluso delitos altamente graves no pueden justificar la prisión preventiva: No existe ningún automatismo entre gravedad de la pena y peligro procesal⁵⁵.

⁵³ En los casos de la prisión preventiva, el peligro de fuga y la fuga son las únicas formas del peligro procesal (artículo 534 COIP: para garantizar la comparecencia de la persona procesada...). Así se puede entender al riesgo procesal y al peligro de fuga como sinónimos.

⁵⁴ Cabe mencionar el artículo 269 lit. b) CPP (Perú): un presupuesto material para el orden de la prisión preventiva es “que la sanción a imponerse sea superior a cuatro años de pena privativa de libertad.”

⁵⁵ Tampoco se puede establecer un automatismo entre la gravedad de la pena que se espera y el

A través de la estructura de sus artículos 522 y 534 numeral 3; el COIP abre un campo para el escalonamiento de las medidas cautelares según el principio de la proporcionalidad: exclusivamente en casos de **alta intensidad del peligro procesal**, la **prisión preventiva** puede ser **justificada**.

2.2. Acreditación del peligro procesal

La **acreditación del peligro procesal debe pasar por evaluar las circunstancias concretas, al margen de las consideraciones subjetivas**⁵⁶. Como siempre ante la aplicación de medidas cautelares, estamos hablando de riesgos, de **acontecimientos futuros** que lógicamente, no se pueden “comprobar.” (Lo único que se puede comprobar es el hecho del cual se desprende el riesgo procesal.) No obstante, en un Estado de Derecho, la **evaluación de un riesgo** y el **pronóstico** que resulta en la orden de prisión preventiva tiene que ser **racionalizado**, es decir, **transparente, comprensible y sin errores lógicos**⁵⁷. Ilícito sería, por ejemplo, “deducir” de la gravedad de la pena el riesgo procesal. No hay valor empírico que respalde la hipótesis de que a mayor pena, mayor posibilidad de fuga⁵⁸.

Ahora bien, el punto de partida para evaluar el riesgo procesal son, como estipula la ley, los **indicios**, es decir, hechos que sí se pueden **demonstrar**. Por ejemplo: retiro de grandes cantidades de efectivo, compra de un boleto aéreo, venta del vehículo, etc.

Según la Real Academia Española, un indicio es un “fenómeno que permite conocer (...) la existencia de otro no percibido”. En consecuencia, el indicio es un **fenómeno percibido** y opuesto a una **conje-**

peligro de fuga.

⁵⁶ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Op. cit. pág. 246.

⁵⁷ Por eso, el COIP pone el énfasis en la motivación de la resolución que dicta prisión preventiva: artículos 540, 520, numerales 3 y 4 del COIP. Para la persona procesada la resolución debe ser comprensible.

⁵⁸ Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Op. cit. pág. 246. Véase por la jurisprudencia alemana el capítulo: 5.1.3.1.

tura. La exposición de la Fiscalía con la que fundamenta su solicitud, se basa en la exposición de estos **indicios**. En el marco de su fundamentación (artículo 520, numeral 2 del COIP), la Fiscalía debe **presentar pruebas** de los indicios concretos de los cuales se desprende (o no) el riesgo procesal.

2.3. Contradicción y presentación de pruebas

La obligación de la Fiscalía **de presentar pruebas** se desprende de un principio fundamental del proceso penal del Ecuador: el artículo 5, numeral 13 del COIP, que estipula la **contradicción** como uno de los principios rectores, y prescribe, dentro de la definición del concepto “contradicción”, que los sujetos procesales deben **presentar las razones** de los que **se creen asistidos** y, en caso de la contradicción por la parte opuesta, deben **presentar pruebas**. Además, según el artículo 520, numeral 3 del COIP, el juzgador resolverá en la **audiencia contradictoria** sobre la medida cautelar solicitada. Recordemos que el **principio contradictorio** es un principio jurídico fundamental del proceso judicial moderno. Este supone que las partes procesales sostienen posiciones opuestas entre sí, de manera que el juzgador no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose **a juzgar de manera imparcial** acorde con las pretensiones y alegaciones de las partes. Por ello, el principio de la contradicción tiene que ser visto en interacción con el artículo 5, numeral 20 del COIP: la **imparcialidad** del juzgador. En el derecho anglosajón, (el COIP sigue el derecho anglosajón en este sentido) es habitual que el principio funcione también para el ámbito de Derecho penal⁵⁹, siendo entonces el demandante la Fiscalía. Ante eso, podemos entender por qué la solicitud debida de la Fiscalía (el demandante) es tan importante para el procedimiento de la prisión preventiva (véase arriba 4: Fin de la fundamentación).

2.4. Valoración de los indicios

Como un segundo paso, hay que llevar a cabo la **valoración** de estos **indicios** respecto del posible acontecimiento futuro (frustración del juicio).

⁵⁹Mientras en Europa Continental el principio de la contradicción suele ser limitado al ámbito del derecho civil.

Con eso, hemos llegado al **punto decisivo del análisis**, al artículo 534, numeral 3 del COIP. Desde los indicios (hechos, fenómenos percibidos) presentados y comprobados por la Fiscalía, **hay que desprender** que la **intensidad del riesgo procesal** será tan grave que las **medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes**. La ley requiere por lo tanto **implícitamente** dos pasos lógicos: (A) primero la **deducción** de los **indicios** sobre el **riesgo procesal**, y después (B) la verificación que este riesgo procesal **exclusivamente** puede ser superado por la prisión preventiva.



Sin embargo, podemos ver un posible **error** en la redacción de la ley si entendemos “desprenderse” en el sentido de “deducir.” El COIP utiliza el verbo **desprenderse** para establecer una relación entre los indicios con el pronóstico “peligro procesal”, mientras la medida para determinar el riesgo procesal en el caso concreto en verdad es una **valoración** basada en hechos demostrados. En la derivación lógica “se habla, no casualmente, de la subsunción de conceptos bajo conceptos”⁶⁰, y por eso, no se puede **deducir** en el ámbito de la valoración un riesgo procesal (es decir, ante el pronóstico de un peligro), pues no nos encontramos en el entorno de conceptos puros, sino en el entorno de **probabilidades**⁶¹. No obstante, deberíamos reconocer el empeño del legislador al **racionalizar** el proceso de la valoración del riesgo procesal y **excluir** consideraciones subjetivas.

⁶⁰Karl Larenz, op. cit., pág. 269.

⁶¹Es por eso, que en el mundo jurídico, el pronóstico de riesgos es visto como un cuerpo extraño.

2.5. Indicios del riesgo procesal: probabilidades

Las valoraciones de riesgos son difíciles y una frecuente fuente de errores, pues el acontecimiento a evaluar (frustración del juicio, fuga) yace en el **futuro**. Más exacto, todavía, son dos circunstancias imprevisibles y dos probabilidades que deben ser evaluadas debidamente para justificar la prisión preventiva: al nivel de la responsabilidad penal, los suficientes elementos de convicción sobre la existencia de un delito y de que el imputado es autor o cómplice del delito (1) y sobre el riesgo procesal (2). Los dos componentes tratan **probabilidades**: a pesar de que se cumplan los elementos de convicción según el artículo 534, numerales 1 y 2 del COIP, la persona procesada sigue siendo **inocente**⁶², además el juicio puede terminar con una **absolución**. Se trata de mecanismos efectivos y razonables de verificación de una sospecha, con posibilidades de concreción final⁶³. A pesar de que el juzgador viera el peligro de fuga, la persona procesada puede tener la intención de someterse voluntariamente a su juicio. En pocas palabras: toda evaluación de riesgos futuros trae el riesgo de errores y de arbitrariedades, de que **consideraciones subjetivas** asuman y reemplacen la evaluación de riesgos de manera racional.

No obstante, se han establecidos ciertos esquemas como medios para sustentar el riesgo procesal: gravedad de la pena que se espera, arraigo laboral, domiciliario y familiar, importancia del daño y actitud del imputado, comportamiento del imputado en el procedimiento u otro anterior⁶⁴. Lo mencionado son indicios que pueden servir para determinar el riesgo de fuga, pero **nunca podrán reemplazar la ponderación** en el caso concreto.

⁶²Artículo 5 numeral 4 COIP: toda persona mantiene su estatus de inocencia, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario.

⁶³Alejandro Aponte, op. cit., pág. 33.

⁶⁴Véase por ejemplo artículo 269 CPP (Código Procesal Penal del Perú).



**Capítulo
III**



1. Casuística prisión preventiva

En este capítulo quiero presentar la jurisprudencia, en su gran mayoría Alemana, acerca del tema de la **prisión preventiva**. Así podemos ver cómo los tribunales manejan la relación entre hechos (indicios) con la valorización del peligro de fuga.

El artículo 112, inciso 2, numeral 2 Strafvollzugsgesetz (Código Procesal Penal Alemán) justifica la orden la prisión preventiva cuando los indicios (hechos) fundamentan el **peligro de fuga** en el sentido de una alta probabilidad de la fuga y una **sospecha suficiente** (correspondiente con los elementos de convicción suficientes del artículo 534, numerales 1 y 2 del COIP).

En cuanto al peligro de fuga, el juzgador debe valorar las circunstancias **del caso concreto**. El Código Procesal Alemán estipula la obligación del juzgador de discutir la singularidad del caso. Los hechos tienen que ser **demostrados**. Conjeturas y suposiciones no son suficientes **como base en la valorización** del peligro de fuga.

Por ejemplo, el Oberlandesgericht Bamberg (el tribunal regional superior correspondiente a la Corte Provincial en el Ecuador), que es la tercera instancia en cuestiones de la prisión preventiva, ha decidido que de la supuesta pertinencia al “mundo de las drogas” no se puede concluir el peligro de la fuga⁶⁵. Más bien, el juzgador debe tener el **convencimiento** de la prueba de los hechos en los que **se base** el peligro de fuga **más allá de toda duda razonable**.

Esta situación legal no es diferente a la del Ecuador: el artículo 534, numeral 3 del COIP, requiere **indicios** que, distinto a suposiciones y conjeturas, pueden ser demostrados en el sentido del Principio Procesal estipulado en el artículo 5, numeral 3 del COIP: convencimiento más allá de toda duda razonable, y de estos indicios, se puede “desprender” el riesgo procesal. Los dos ordenamientos jurídicos se concentran en la **constancia** de los **hechos** (prueba) y la **interpretación** de los mismos para **el supuesto peligro procesal**.

⁶⁵ OLG Bamberg StV 1991, 167.

1.1. Peligro de fuga

El desafío de determinar el peligro procesal en la forma del peligro de fuga consiste en evaluar la **intención** de la persona procesada. La pregunta que debe solucionar el juzgador es: ¿la ocasión objetiva de fugar de hecho podrá acabar en una fuga? o más exacta: ¿de hecho habrá un riesgo significativo de la fuga?.

El OLG Karlsruhe falló en una sentencia del año 2010 en contra del **esquematismo** entre la falta de arraigo social y peligro de fuga. La Corte fijó que la conclusión de la falta del arraigo social al peligro de fuga es ilícita⁶⁶. El juzgador siempre debe considerar la situación particular.

Para debatir contra este **esquematismo** tan común como ilícito, la Defensa siempre debe exponer los detalles del caso concreto. Hay que relatar en detalle las circunstancias de la vida de la persona procesada. La meta de la alegación consta en **poner de relieve** a la persona concreta.

Ante lo dicho, cabe resaltar la sentencia del OLG Koblenz del año 2004⁶⁷. Según la Corte, es la **obligación** de la Fiscalía esclarecer las circunstancias de la vida de la persona procesada. Tras meses de investigaciones encubiertas, fundamentar la solicitud de prisión preventiva con el desconocimiento de las circunstancias de la vida de la persona afectada es ilícito. Si la Fiscalía llevó a cabo pesquisas encubiertas por el transcurso de meses, ella tiene que relevar los hallazgos sobre el arraigo social ante su solicitud. Esta falencia de la Fiscalía resultó en la revocación de la orden que dictó la prisión preventiva.

El OLG Hamm destaca que una fuga de largo tiempo requiere fondos significativos⁶⁸, es decir, que la falta de recursos económicos contradice al peligro de fuga.

⁶⁶OLG Karlsruhe, StraFO 2010, 206.

⁶⁷OLG Koblenz StV 2004, 491.

⁶⁸OLG Hamm StV 1999, 215.

Para la Defensa es importante saber que, según **estudios empíricos**, solamente **el 80 por ciento** de los acusados a quienes no se les ha dictado la prisión preventiva intentaban fugarse, mientras que solo el 3 por ciento de ellos lograron esconderse no más que seis semanas⁶⁹. En otras palabras: una fuga prolongada es muy poco probable y requiere grandes presupuestos. Sin embargo, el éxito de la fuga depende mucho de la técnica investigativa aplicada por la Policía. Aunque la mala práctica policial puede estimular la fuga por mitigar el riesgo de un descubrimiento, ella no puede justificar la amplia aplicación de la prisión preventiva. Como medida menos invasiva corresponde al Estado mejorar el rendimiento de la Policía.

Finalmente, cabe destacar que **vínculos fuertes con un lugar** como los que usualmente presentan adolescentes, la población rural y personas de tercera edad, **generalmente excluyen** intenciones de fuga⁷⁰. También la intención de fugarse es descartada cuando existen otros arraigos sociales como amistades sólidas⁷¹.

1.2 Proporcionalidad

Profundizando en la discusión de la **proporcionalidad** como presupuesto para dictar la prisión preventiva, quiero presentar sentencias relevantes de los tribunales alemanes que han marcado la noción de **proporcionalidad** en cuanto a la aplicación de la prisión preventiva.

El punto de partida de los fallos es el artículo 112 StPO (Código Procesal) que prohíbe la prisión preventiva cuando no esté en relación con la importancia del asunto y la pena que se espera. El fondo dogmático de la problemática es el hecho de que, ante la prisión preventiva, una **persona inocente ofrece un sacrificio** (sacrifica su libertad) para asegurar el procedimiento penal y, como hemos visto anteriormente, la prisión preventiva es meramente un mecanismo de **verificación de una sospecha**.

⁶⁹Gebauer, Michael: Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland: eine empirische Untersuchung zur Praxis der Haftanordnung und des Haftverfahrens, 1987, S. 275.

⁷⁰OLG Köln StV 2000, 628

⁷¹OLG Köln StV 2000, 628, 629.

Por lo tanto, entorno a la importancia del **supuesto** delito debe predominar el bien jurídico de la persona procesada. Se requiere una **ponderación**, es decir, el juzgador debe sopesar los bienes jurídicos en cuestión.

En consecuencia, en caso que la medida solicitada no fuera proporcional, no se puede dictar la prisión preventiva **aunque haya un peligro procesal**.

- En casos de delitos leves y expectativas de penas insignificantes, la prisión preventiva es ilícita⁷².
- Si hay la expectativa de la suspensión condicional de la pena, igualmente la prisión preventiva es ilícita⁷³.

La ponderación siempre debe abarcar las secuelas de la prisión preventiva para la persona procesada en el marco del examen **del caso particular**. La mayor exigencia frente al uso de herramientas de tipo constitucional y frente a la dogmática de ponderación, **reside en la necesidad** de que el juez **analice cada caso en concreto**. No deben existir juicios automáticos o basados solo en las disposiciones legales⁷⁴.

- El juzgador debe considerar el peligro que presenta la prisión preventiva para el negocio, el sustento y la subsistencia de la persona procesada⁷⁵.
- De igual manera hay que considerar el daño para la reputación de la persona procesada⁷⁶.
- Y el perjuicio para la salud de la persona procesada⁷⁷.

⁷²AG Ulm StV 1991, 473.

⁷³OLG Düsseldorf NJW 1997, 2965 = OLGSt (2. Aufl.) § 112 StPO Nr. 4, OLG Hamm StV 2004, 328.

⁷⁴Así en resumen de la dogmática internacional Alejandro Aponte, op. cit., pág. 37.

⁷⁵LG Hamburg StV 1987, 399, 400.

⁷⁶LG Hamburg StV 1987, 399, 400.

⁷⁷KK-Graf § 112 Rn. 48.

Al final hay que considerar las secuelas de la prisión preventiva para la **familia** y el **negocio**⁷⁸ del sospechoso.

- Sobre todo el juzgador debe considerar las consecuencias para los niños menores de edad si el sustentador de la familia⁷⁹ pierde sus ingresos por el dictamen de la prisión preventiva⁸⁰.

⁷⁸ KK-Graf § 112 Rn. 48

⁷⁹ En estos casos regularmente hay que poner en duda el peligro de fuga.

⁸⁰ LG Oldenburg StV 1987, 446.



**Capítulo
IV**



1. Carga de la prueba

En el Derecho Procesal hay, a nivel mundial, una regla general: **el que afirma, tiene la carga de la prueba**⁸¹. Más concreto, en el ámbito del Derecho Procesal la titularidad de la carga de la prueba es la parte **que persigue los efectos jurídicos en función de los hechos que sustentan su pretensión**. Correspondiente a este principio, el COIP estipula como principio procesal en su artículo 5, numeral 13, bajo el rubro Contradicción que:

“los **sujetos procesales** deben **presentar**, (...) las razones o argumentos **de los que se crean asistidos**; (...) **presentar pruebas** y contradecir (...)”⁸².

Como hemos visto anteriormente, es la Fiscalía la que debe fundamentar la solicitud de la medida cautelar (artículo 520, numeral 3 COIP), es decir, exponer los hechos por los cuales se podrá desprender la justificación de la medida solicitada. Por ende, la Fiscalía es el sujeto procesal en el sentido del artículo 5, numeral 13 del COIP, y debe presentar pruebas de los hechos que justifiquen la orden de la prisión preventiva: si ella se cree asistida por ciertos hechos, es ella quien debe presentar las pruebas.

Con esta breve intervención se debería acabar la discusión sobre la carga de la prueba frente la solicitud de la prisión preventiva. **Es la Fiscalía quien debe presentar las pruebas de las cuales se desprende la necesidad de la prisión preventiva** (es decir, el peligro procesal de cierta intensidad), pues estos hechos sostienen su solicitud.

Si el juzgador no está convencido del peligro procesal más allá de la duda razonable, en el sentido del Principio Procesal estipulado en el artículo 5, numeral 3 del COIP: convencimiento más allá de toda duda razonable, debe rechazar la solicitud.

⁸¹Diego Zalema, Manual de Litigación Penal: Audiencias Previas al Juicio. Quito 2012, pág. 170.

⁸²Aquí se puede ver que el COIP asigna a la Fiscalía el papel del demandante como en los ordenamientos del derecho anglosajón.

1.1 La Corte Interamericana de Derechos Humanos y la carga de la prueba

El respeto al derecho a la presunción de inocencia⁸³ exige igualmente que el Estado **fundamente y acredite**, de manera clara y motivada, **según cada caso concreto**, la existencia de los requisitos válidos de procedencia de la prisión preventiva (Corte IDH. Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207, párr. 144).

En efecto, **corresponde al tribunal** y no al acusado o a su defensa **acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva** (CIDH. Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra la República Bolivariana de Venezuela en el caso 12.554, Francisco Usón Ramírez, 25 de julio de 2008, párr. 172. En el mismo sentido, CrEDH, Case of Aleksanyan v. Russia (Application No. 46468/08), Sentencia del 22 de diciembre de 2008 (Primera Sección de la Corte), párr. 179; CrEDH, Case of Ilijkov v. Bulgaria (Application No. 33977/96), Sentencia del 26 de julio de 2001 (Sección Cuarta de la Corte), párrs. 84 – 85).

Literalmente, la Comisión Interamericana manifestó que:

“son las autoridades judiciales las que deben acreditar la concurrencia de las condiciones establecidas en la ley, incluyendo los **valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que le mantendrían en el país**, además de una posible sentencia prolongada. En consecuencia, si los magistrados que atiendan la causa **no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada**”⁸⁴.

⁸³Artículo 8.2 CADH; artículo 5 num. 4 COIP.

⁸⁴ Comisión IDH; Informe N° 2/97 CASOS 11.205, 11.236, 11.238, 11.239, 11.242, 11.243, 11.244, 11.247, 11.248 11.249, 11.251, 11.254, 11.255, 11.257, 11.258, 11.261, 11.263 11.305, 11.320, 11.326, 11.330, 11.499, Y 11.504 Argentina; 11 de marzo de 1997, parr. 29.

1.2 El fantasma arraigo social

Sorprendentemente en el Ecuador, hay una extendida costumbre en cuanto a la prisión preventiva radicalmente opuesta a la ley y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Es sorprendente, porque la ley no deja margen para una interpretación divergente. Sin embargo, los jueces tienden a asignar a la defensa la obligación de presentar pruebas del denominado “arraigo social”.

Según los hallazgos del estudio empírico realizado por la Defensoría Pública, en casi todos los casos de prisión preventiva, los juzgadores justifican su resolución con **la falta del arraigo social** del imputado. La frase estereotipada es: “La defensa no ha justificado el arraigo social”. Es decir, si la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva. Esta práctica es evidentemente ilegal y podría fundar la **responsabilidad penal de los jueces de garantías penales** según el **artículo 160 del COIP**⁸⁵, pues estos juicios abarcan dos errores graves:

1. El **arraigo social** no existe como concepto jurídico. Es un fantasma. En ningún artículo el COIP habla del arraigo social.
2. Es el fiscal quien debe presentar **los indicios** de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de libertad **son insuficientes**.

La falta del arraigo social sí puede ser un **aspecto**, entre varios al **examinar** el **peligro procesal** en el **caso concreto**: ante la discusión jurídica del **peligro de fuga**. Si el caso concreto lo concede, se puede sostener que la expectativa de una sentencia prolongada puede ser relevante para asumir el peligro de fuga, y la existencia del llamado “arraigo social” podrá contradecir el peligro de fuga.

Sin embargo, y como hemos visto en líneas anteriores (Capítulo II, 1.1 Digresión: Proporcionalidad), la Corte Europea ha establecido que el riesgo de fuga no puede ser establecido únicamente con base en

⁸⁵ Privación ilegal de libertad. Una privación de la libertad sin fundamento, es decir sin cumplimiento de los presupuestos legales, es ilegal y sujeto a la penalización según el artículo 160 inciso 1 COIP.

la severidad de la eventual sentencia, sino que debe considerarse en **conjunto con otra serie de factores relevantes**. La **expectativa de una sentencia prolongada** puede ser relevante, **pero no es decisivo en sí mismo**, en **ausencia** de otros elementos. El eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías. Cuando la sola referencia a la naturaleza del delito no puede considerarse justificación suficiente del riesgo de fuga, en un *argumentum a maiore ad minus*, la **sola referencia a la falta del arraigo** no puede justificar la prisión preventiva. En otras palabras: la falta del arraigo social no implica - en sí mismo - el peligro de fuga. Esta conclusión sería un **automatismo** y una **esquemmatización** que contraviene el artículo 534, numeral 3 del COIP. El juzgador siempre debe considerar **el caso concreto** en una **ponderación abarcadora de todos factores relevantes**. Por ende, aunque la Fiscalía lograra comprobar que la persona procesada por ejemplo no dispone de arraigo familiar, no se puede en **ausencia** de otros elementos - desprender que otras medidas cautelares fueran insuficientes.

Ante el texto literal del COIP, es la Fiscalía quien debe fundamentar su solicitud (artículo 5, numeral 13 del COIP). Y como ya hemos visto varias veces, fundamentar significa: exponer los hechos de los cuales se desprende la necesidad de la prisión preventiva.

Ante eso, es realmente absurdo (si no kafkiano) exigir que la defensa compruebe algo que (a) no debe comprobar; (b) no existe en el COIP; (c) no tiene valor decisivo para la constancia del peligro procesal.

Sin embargo, **es una tarea de la defensa insistir** en la clara distribución de **la carga de la prueba** ante el COIP y la jurisprudencia internacional.

Frente a los conceptos carga de prueba y arraigo social, en las audiencias de flagrancia los defensores públicos deberán alegar **que**:

1. Es la Fiscalía quien debe presentar las pruebas para la procedencia de la prisión preventiva (artículo 5, numeral 13, COIP, artículo 534, numeral 3 del COIP).
2. El arraigo social no existe como concepto jurídico en el COIP.



Capítulo
V



1. Caso práctico: fuentes de errores en la audiencia de flagrancia

Con el fin de entender y evitar errores comunes en las audiencias de flagrancia, analizaremos un caso práctico. Según los hallazgos del estudio empírico, es un caso “corriente”, decir, que la calidad de las intervenciones de las partes procesales refleja la realidad deplorable en nuestras audiencias. Las tres partes procesales, defensa, acusador y juzgador, cometen errores graves en sus actuaciones procesales. En este capítulo discutiremos en detalle estas falencias. Los errores ortográficos se muestran en el original del expediente facilitado por el Consejo de la Judicatura. Las negrillas son resaltadas por el autor.

1.1 Extracto caso “Marihuana”

REPÚBLICA DEL ECUADOR

UNIDAD JUDICIAL PENAL CON SEDE EN EL CANTÓN PAUTE, PROVINCIA DEL AZUAY

13/11/2015 CONVOCATORIA AUDIENCIA DE CALIFICACION DE FLAGRANCIA

17:27:00

Causa. No. 01282-2015-00118

Paute, noviembre 13 del 2015; las 16h20

VISTOS: En virtud de encontrarme cumpliendo del turno reglamentario avoco conocimiento del parte policial informativo No. 246-2015, elaborado por los policías: Tnte. Norman Vaca Reyes, Sgos. Luis Sumba Sumba, Cbos. Víctor Valarezo Arrobo, Cbos. Lorena Duarte Paucar, Cristian Castro Collaguazo y Edisson Rosero Navarro, remitido con el oficio N° 2015-1082-UPAA-SZA-1, de fecha de hoy, suscrito por el Tcnl. Marco Ponce Barahona, Jefe de la Unidad Antinarcóticos del Azuay, dando a conocer sobre la detención del ciudadano CRISTIAN EDUARDO O. B., por presumir ha cometido un delito, de tenencia o tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, tipificado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal y sancionado con pena privativa de libertad; en tal virtud, de conformidad con lo previsto en el art. 77.1 de la Constitución de la República en relación con los Arts. 526 y 529, del mismo código, se fija para que tenga lugar la Audiencia Oral, pública y Contradictoria de

Control de Flagrancia el día de hoy miércoles 13 del presente mes y año en curso a partir de las 15H30, debiendo oficiarse al señor Jefe antes mencionado, tanto para que disponga la comparecencia de los señores Policías que elaboraron el parte informativo, como para el traslado del detenido, quien deberá encontrarse asistido de un Abogado defensor particular de su confianza o en su caso deberá asumir el Defensor (a) Público con quien se manda a contar y se le notificará igual que al señor Fiscal. Notifíquese.-

13/11/2015 ACTUARIALES

18:30:00

EXTRACTO DE AUDIENCIA EN MATERIA PENAL

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Lugar y Fecha de realización: Paute, 13 de noviembre del 2015

Hora: 17H45

(...)

d. Presunta Infracción: artículo 220, numeral 1, literal b

e. Juez (Integrantes del Tribunal - Sala): Dr. Jaime Vintimilla

Bravo, Juez de la Unidad Judicial Segunda Penal de Paute.

Abogado defensor: DR. MAURICIO RODAS LITUMA DEFENSOR PÚBLICO

INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA.-

1.- DR. MAURICIO RODAS LITUMA defensor público manifiesta que en representación del ciudadano CRISTIAN EDUARDO O. B. con respecto a la detención alega que no se le exhibió la boleta de allanamiento, no tiene en su poder y desconoce que autoridad emitió la boleta de allanamiento, sumado a esto en el expediente que lleva fiscalía en fojas 7 se le dejó en indefensión porque luego que se ordenó el allanamiento por parte de esta autoridad no se notificó a la defensoría pública, y únicamente se le ha notificado en la casilla judicial del Dr. Emilio Izquierdo la boleta allanamiento, vulnerando derechos constitucionales como las del artículo 76 numeral 7 literal a. Además, que no se le leyeron los derechos constitucionales consta en el parte por cuanto no se encuentra la firma y no solo porque no consta en el parte policial sino que el ciudadano le ha manifestado que se ha obviado todo este procedimiento constitucional y legal, por lo que la defensa manifiesta que no se cumple con los requisitos establecido en el Código Orgánico Integral Penal así como la Constitución, solicitando que no se califique de flagrante la presente investigación.

VERSIÓN DEL PROCESADO.- El señor Cristian Eduardo O. B., manifiesta que personalmente no me han indicado la boleta de allanamiento, sino dos pasos me enseñaron y me mostraron y nada más.

ALEGACIONES DE LA DEFENSA.- Con respecto al procedimiento a seguirse dentro del presente proceso manifiesta que estarán pendientes de la fecha que se señale para la audiencia y con respecto a la prisión preventiva **discrepa lo manifestado por Fiscalía** por la siguiente fundamentación: el art. 534 del Código Orgánico Integral Penal establece que se debe cumplir cuatro requisitos, en cuanto a los requisitos del numeral dos: se refiere a los **elementos de convicción** claves, es decir que el procesado es autor o cómplice de la infracción, manifiesta el defensor que existen solo indicios; y **la presunción de inocencia** quedaría vulnerado en este caso si se está cumpliendo lo de numeral 2, y explica en el numeral 3: Cuando los indicios demuestran que las medidas cautelares son insuficientes y que es necesario la prisión preventiva y como se manifestó por el principio de buena fe y lealtad procesal con lo cual se escuchó al señor agente fiscal y como consta en el parte policial y por el mismo principio **manifiesta que se ha justificado el Arraigo laboral**, ya que el **ciudadano labora, en revisión y técnico cuenca aire en el sector Capulispamba no se justifica con documentación por el tiempo y por la detención del ciudadano no se ha podido obtener documento.**

Arraigo familiar se puede justificar a través de secretaria que **CRISTIAN EDUARDO O. B. tiene que pagar pensiones alimenticias para una hija menor de edad** por lo que se estaría vulnerando derechos de una niña menor de edad además de aquello manifiesta que se esta dando la cara, una tía paterna la misma que **se encuentra presente en esta audiencia. Arraigo domiciliario** del expediente de fiscalía se puede ver claramente donde está ubicado el **domicilio con fotografías a colores y e inclusive foto satelital, se ha emitido una orden de allanamiento donde está determinando la dirección del domicilio** en la parroquia El Cabo (arraigo domiciliario). Se adjunta **un certificado del Ministerio del Interior** donde se da fe que el señor **no tiene antecedentes penales** y que se pone en consideración y que tiene una duración de 30 días, corriéndose traslado al Agente Fiscal. **Por lo que solicita una medida cautelar como es la de presentarse periódicamente ante su autoridad** en dos veces hasta que se dé la audiencia de procedimiento directo, manifiesta que podría firmar y dar la cara por lo que ante su justificación manifiesta que **no es necesario privar de la libertad al ciudadano o se podría aplicar también otra medida cautelar como es la prohibición de salida del país y no la prisión preventiva.**

INTERVENCION DE FISCALÍA.

DR. EMILIO IZQUIERDO Fiscal de lo Penal de Paute el señor Juez le corre traslado las alegaciones de la Defensa referente, primero: Que no se le ha entregado la boleta de allanamiento, segundo: que no se le han leído los derechos al procesado cuando le detuvieron y tercero: que no se ha notificado a defensoría pública con la orden a allanamiento ante ello dice: Respecto a que no se le dio a conocer la boleta de allanamiento a señor Cristian Eduardo O. B., manifiesta que personalmente se le hizo conocer la boleta de allanamiento al momento de ingresar al domicilio donde se presumía y donde se encontró las sustancias estupefacientes e indicándole el procedimiento a seguir, indicándole la orden de allanamiento emitida por usted señor Juez.

En cuanto a los derechos constitucionales manifiesta que en **su presencia el Sargento Luis Sumba le indicó sus derechos constitucionales** y en cuanto a la notificación o no a la defensoría pública de la boleta de allanamiento emitida por su autoridad se debe manifestar que es un acto urgente, una investigación donde se estaba realizando Fiscalía y la unidad de antinarcóticos, **por lo que** hasta ahora señor Juez **no se ha vulnerado ningún tipo de derechos Constitucionales más** bien se le ha respetado todos sus derechos, e incluso indicándole toda la documentación la orden de allanamiento a una tía paterna de CRISTIAN EDUARDO B. O. que se le indicó como debía procederse con la detención y por lo que no se le ha vulnerado ningún derecho como alega la defensa.

ALEGACIONES DE FISCALIA

El señor Fiscalía una vez que **relata todo lo expuesto en el parte policial informativo** y en el informe adjunto al mismo y que obra de los autos, aclara que ingresaron al domicilio y los dormitorios **con la voluntad y el consentimiento de** CRISTIAN EDUARDO O. B. en razón de lo expuesto en el parte el señor Fiscal solicita: Que una vez que cuenta con los elementos de convicción suficientes de conformidad con el artículo 410 y 411 del Código Orgánico Integral Penal, así como cuenta con la prueba de tráfico ilícito de sustancia estupefacientes que es la PIPH en donde nos da una sustancia total de peso bruto dado a toda la sustancia **incautada de 72.4 gramos y el peso neto es de 53.2 gramos** de marihuana realizado con el Sargento de Policía Cabo Freddy Figueroa, así como fiscalía cuenta con las versiones de los policías que realizaron la investigación al señor CRISTIAN EDUARDO B. en donde todos son concordantes cuenta fiscalía con la versión del Teniente Norma Vaca Reyes con la versión de Luis Rodrigo Sumba Sumba, con la versión de Cristian Silverio Castro Collaguazo, Edison Rose-

ro Navarro, Lorena Margarita Duarte Paucar donde todos son concordantes concisos al manifestar **que venían haciendo inteligencia unos día antes y constataban** que esa planta de marihuana se encontraba en el interior del domicilio del procesado y donde pernocta. **Reiterando que fiscalía cuenta con los suficientes elementos de convicción** hasta el momento y FORMULA CARGOS en contra del ciudadano CRISTIAN EDUARDO O. B. con cédula de ciudadanía No xxxxxxxx por presumir su participación como autor de acuerdo a lo establecido en el artículo 220 numeral 1 específicamente en su verbo lector tenga o posee en su literal b en mediana escala es decir la pena de UNO a TRES años de acuerdo a la tabla establecida por el CONSEP donde a mediana escala manifiesta que se va desde los 20 gramos hasta los 300 gramos, fiscalía ha demostrado con el peso neto que el ciudadano CRISTIAN B. O. tenía en su poder 53.2 de peso neto de marihuana **por lo cual solicita fiscalía que se dicte como medida cautelar la tipificada en el artículo 522 en su numeral 6 del COIP es decir la PRISION PREVENTIVA ya que cumple con todos los requisitos establecidos en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal es decir los elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público** de la acción por lo que fiscalía viene formulando cargos por el delito del artículo 220 numeral 1 literal b también cuenta con elementos de convicción precisos de que el procesado es autor de la infracción, señor Juez al ser un delito flagrante y al estar presente el señor CRISTIAN EDUARDO O. B. se determina que se encontraba en posesión y tenencia de las pertenencias sujetas a fiscalización **existen también indicios de las cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesario la prisión preventiva para asegurar la presencia al juicio** y al ser un proceso en la que la sanción es de uno a tres años estaríamos en un procedimiento especial (art 640 del COIP procedimiento directo) y donde se estaría analizando la situación jurídica del ciudadano dentro de 10 días **por ello es importantísimo la prisión preventiva.**

INTERVENCIÓN DEL JUEZ:

El señor Juez manifiesta que por encontrarse en el turno reglamentario **conoce de un parte policial informativo y un informe que le remite el señor Jefe de la Unidad de Antinarcóticos de la Policía del Azuay** el Teniente Coronel Marco Ponce Barahona adjuntando el parte que se encuentra suscrito por los agentes de antinarcóticos el Teniente Norman Vaca Reyes, Sargento Segundo Luis Sumba Sumba, Cabos Segundos Víctor Valarezo Arrobo y Lorena Duarte Paucar; como los policías Cristian Castro y Edison Rosero, **ellos manifiestan que previamente se había ordenado un**

allanamiento con la orden de esta autoridad con fin de que se constate en un inmueble que se encuentra ubicado en la parroquia El Cabo en la vía principal a Paute, en el **cual se presumía existe** una persona especificando los nombres apellidos y su compleción, que se encontraba entrando a este inmueble y saliendo de ahí **con paquetes y que hacía contactos con personas y que posiblemente recibía dinero**, presumiendo que en este inmueble había una sustancia que está catalogada como sujeta a Fiscalización en el código Orgánico Integral Penal y es una conducta que está tipificada como delito de acción penal pública y sancionada con una pena privativa de la libertad, ante este allanamiento ha operado junto con el señor Fiscal de este Cantón. Y como circunstancia indica que la persona que se encuentra presente en la Audiencia indican que responde a los nombres de Cristian Eduardo O. B., (...) manifiesta que una vez que hicieron el operativo de allanamiento y bajo la dirección del señor Fiscal, Dr. Emilio Izquierdo Rodas se ha procedido a encontrar en el interior del domicilio a eso de las 8 de la mañana **del día de hoy en una habitación que ha sido utilizada como dormitorio**, procediendo a la aprehensión del ciudadano ya que tenían la orden de allanamiento en donde han encontrado una planta presuntamente de marihuana, por lo que este hecho se encaja en la conducta tipificada en el Código Orgánico Integral Penal procedieron a su aprehensión poniendo en conocimiento de esta Autoridad a fin de que se dé cumplimiento con la garantía (...). El señor Juez en base a lo manifestado por Fiscalía y la Defensa del Procesado respecto de la legalidad de la detención dice: Los allanamientos son actos urgentes que no requiere mayor solemnidad y por este mismo al ser procedimientos de investigación sería imposible notificar ya que puede haber el riesgo de perder las evidencias al anunciar que se va a proceder con un allanamiento se frustraría la investigación, y quedaría en la impunidad los delitos por lo que sería de ponderar los derechos ante el derecho que tiene el justiciable y el derecho que tiene la sociedad, prevaleciendo este último, ya que en estos delitos lo que se vulnera como bien jurídico es la salud pública, **por lo que no existe argumento sólido suficiente para que se sostenga se ha vulnerado un derecho.**

(...) así mismo manifiesta que se le leyeron los derechos constitucionales en su presencia por parte del Sargento Luis Sumba por esta razón se declara legal y procedente la actuación de los señores Policías en esta intervención e incluso la orden de allanamiento estuvo debidamente entregada al señor Fiscal y recibida dando cumplimiento en el lugar ante las evidencias encontradas en el domicilio con lo establecido en el artículo 529 del Código Orgánico Integral y el 527 del mismo cuerpo legal, **calificando de**

flagrante el delito. En relación a lo expuesto por Fiscalía el mismo que su intervención da inicio a la Instrucción Fiscal en contra de CRISTIAN EDUARDO B. COMO PRESUNTO AUTOR del delito tipificado en el artículo 220.1 literal b es decir por tenencia de esta sustancia marihuana y que además se ha realizado una Prueba Preliminar de Identificación Preliminar Homologada (PIPH) determinando que este vegetal es marihuana y que tiene un peso neto de 53.2 gramos es decir está dentro de la mediana escala que se encuentra determinada por el CONSEP con fecha 9 de septiembre del 2015, se le notifica con este inicio de instrucción fiscal, y se corre traslado al defensor público con los cargos y medidas cautelares solicitadas, con el fin de que ejerza el procesado el derecho a la defensa, **concretamente de la medida cautelar de prisión preventiva, al sostener que se cumplen con los presupuestos del artículo 534 del Código Integral Penal** y con la solicitud de que se aplique el procedimiento directo al ser un procedimiento especial y que está establecido en el artículo 640 del COIP teniendo en cuenta que la pena para este delito es de 1 a 3 años de privación de su libertad y que se encuentran de aquellos procesos que deben someterse a este trámite. El señor juez con respecto de la intervención de la defensa al expresar que no se cumplen los presupuestos establecidos en los numerales 2 y 3 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal. Con respecto al numeral 2 el juez **manifiesta que se cuenta con los elementos de investigación que ha hecho la Policía previamente ellos con anterioridad al solicitar el allanamiento sostuvieron que presumiblemente esta persona tenida una planta de marihuana en el interior y es así con la boleta de allanamiento han ido al lugar y han constatado que efectivamente existía esta planta** y dan cuenta de entraba y salía con ciertas evidencias que se sospechaba eran de marihuana y que se han sometido a la prueba de PIPH se ha verificado que es marihuana sustancia catalogada sujeta a fiscalización, **es suficiente para tener elementos de convicción respecto de la infracción y respecto de la participación como un autor del hecho, esta planta estaba siendo utilizada por la persona hoy procesada.** **Por otro lado se dice que si bien es cierto tiene arraigo laboral este no se ha justificado y si bien conocemos el domicilio con la argumentación del arraigo domiciliario; sin embargo no es suficiente que se puede señalar una medida cautelar que sustituya a la prisión preventiva,** y que debe aplicarse el procedimiento directo conforme establece el art. 640 del COIP porque es un delito que debe estar sometido a este procedimiento por la pena y al calificarse de flagrante, **negándose en dar una alternativa a la prisión preventiva al cumplirse estos procedimientos del 534 del Código Orgánico Integral penal por lo tanto se ordena la prisión preventiva de**

la persona hoy procesada a fin de que pueda ser ingresado en el Centro de Privación de libertad de personas adultas en el Centro Regional Sierra Centro Sur Turi en donde permanecerá hasta que se someta a este trámite y convocando para el día lunes 23 de noviembre del 2015 a las 15h00 para llevar a cabo la Audiencia procedimiento directo y resolver la situación jurídica de la persona procesada, quedando notificadas los sujetos procesales y que hasta tres días antes las partes deben presentar todas las pruebas tanto de cargo como las de descargo dejando constancia que se notificará, pero que es una obligación de las parte traer a sus testigos y peritos, consecuentemente se ordena se gire la boleta de internamiento sin perjuicio de lo que se resuelva en Audiencia. La evidencia la policía entregará a los peritos que nombre fiscalía para proceder conforme establece la disposición para la destrucción y se termina la diligencia.

Proceso No.: 01282-2015-00118

Lugar y Fecha de realización: Cuenca, 23 de noviembre del 2015

Hora: 15h00

Lugar y Fecha de reinstalación:

Hora:

Presunta Infracción: artículo 220 numeral 1 literal b del Código Orgánico Integral Penal

Juez (Integrantes del Tribunal - Sala): Dr. Jaime Vintimilla Bravo, Juez de la Unidad Judicial Segunda Penal de Paute.

Resolución del Juez:

(...) por tratarse de un delito que es sancionado con una pena inferior a 10 años y a su vez en relación con el artículo 640 del COIP se convoca para resolver la situación jurídica mediante un procedimiento directo, sin embargo ante ello el señor Fiscal presenta un escrito dando a conocer que la persona procesada solicitaba someterse a procedimiento abreviado, esto de acuerdo a lo establecido al artículo 635 del código antes invocado, y por ser legal y procedente se modificó la naturaleza de la Audiencia. (...) El señor Juez manifiesta que una vez que se escucha al Fiscal sobre la calificación jurídica que se viene juzgando en esta causa y al tener una pena que no supere los 10 años **solicita someterse a procedimiento abreviado** cambiando la naturaleza de la infracción por ser legal y procedente; en cuanto al primer presupuesto se da cumpliendo esto es la pena que no deberá exceder de 10 años y de acuerdo al Art 635 y 637 del Código Or-

gánico Integral Penal se dispone escuchar a la persona procesada **quien de manera libre y voluntaria acepta su responsabilidad sobre el delito por el cual se está acusando Fiscalía**, y acepta someterse a procedimiento abreviado, así mismo se toma en cuenta lo manifestado por el Dr. Tenorio Solis en el cual dice, que ha presentado un escrito acreditando con la firma y rúbrica del procesado en la que acepta someterse a procedimiento abreviado y **que es de manera libre y voluntaria**.

El señor Juez manifiesta que en aplicación a los Arts, antes mencionados, se acepta el trámite en base a lo expuesto por fiscalía y a los hechos narrados en líneas anteriores, aclarando que una vez que se llevó a cabo la Audiencia de control de flagrancia se ordenó la prisión preventiva que se encuentra cumpliendo el procesado en Turi, y en relación a lo expuesto se emite una sentencia con relación a la pena que se ha acordado con Fiscalía, por lo que al realizar el control de legalidad de la aplicación del procedimiento abreviado, en relación aquello la persona procesada CRISTIAN EDUARDO O. B. ha aceptado de manera libre y voluntaria reconocer el hecho por el cual se le está juzgando Art 220.1 literal b del Código Orgánico Integral Penal por tráfico de sustancias estupefacientes sujetas a fiscalización y de acuerdo al resolución del CONSEP que se refiere a una tenencia de mediana escala y que esta sancionada con una pena de 1 a 3 años y al cumplirse todos estos presupuestos y aplicando la pena acordada en relación al artículo 168 de la Constitución de la Republica numeral 6 y en esta clase de procedimientos se aplica la celeridad, el principio de contradicción, y el principio de al derecho a la defensa sin vulnerar las normas del debido proceso. Así como el artículo 23 del Código Orgánico Integral Penal que se refiere a estos derechos que no pueden ser vulnerados, por lo que se resuelve y se dicta una sentencia condenatoria en contra del CRISTIAN EDUARDO O. B. con cédula de identidad No xxxxxxxx, de 26 años de edad, de estado civil soltero, de **ocupación chofer profesional**, domiciliado en parroquia El Cabo, **actualmente empleado de la empresa el consorcio DALTON**, de la conducta tipificada en el artículo 220.1 literal b del Código Orgánico Integral Penal y se le impone la pena acordada de 4 MESES de privación de libertad y que los cumplirá en el Centro de Rehabilitación Social Regional Sierra Centro Sur Turi de la ciudad de Cuenca. (...) El señor Juez concede la palabra al Abogado Patrocinador de la Defensa, Dr. Tenorio Solis quien solicita la **SUSPENSION CONDICIONAL DE LA PENA (...)**; por lo que el sentenciado CRISTIAN EDUARDO O. B. (...) puede ser procedente realizar en la misma audiencia al momento que se emite la sentencia o tres días después como dice la regla. Se debe verificar que se cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 631 del COIP y

ante la solicitud de fiscalía esto es que se verifique por intermedio de secretaria que se dé cumplimiento con el numeral 2 del artículo antes mencionado. (...) . La aplicación del artículo 630 tiene como fin que **no existe necesidad de la ejecución de la pena, con la justificación del arraigo laboral, familiar, que no estamos frente a una persona peligrosa**, que tenga antecedentes o una persona que realizado conductas reñidas con la ley, se acepta siempre que se cumplan con ciertas condiciones establecidas en el artículo 631 del COIP, por lo que se dispone que el sentenciado cumpla con lo siguiente:

- Permanezca en el domicilio de los padres por un plazo de 6 meses
- Abstenga de frecuentar lugares nocturnos de diversión
- Prohibición de salida del país
- Someta a un programa educativo de charlas y capacitación (Clínica de recuperación de adicciones) en especial al uso de sustancias, durante 6 meses.
- Se ha justificado que trabaja en el Consorcio
- Presentación en el juzgado durante los primeros 5 días de cada mes durante 6 presentaciones
- No tener otra infracción por otro tipo de delito 6 meses
- Oficie a los Jueces de Garantías Penales en la ciudad de Cuenca para que se realice un control del cumplimiento de estas condiciones de art 632 del COIP

De cumplirse durante los seis meses que queda establecido a partir de la ejecutoria de la notificación de la sentencia por escrito y una vez transcurrido el tiempo puede operarse la extinción de la pena de acuerdo al artículo 633 del mismo cuerpo de leyes y con las consecuencias jurídicas ante su incumplimiento. **Se revoca la orden de prisión preventiva en contra del CRISTIAN EDUARDO O. B. y se dispone su libertad.**

1.2 Análisis

Los errores que podemos observar en el extracto del expediente ocurren en dos niveles: (A) al exponer y procesar los hechos fácticos, y (B) en la conclusión jurídica, es decir, en la aplicación de la Ley

1.2.1 Errores al nivel “elementos de convicción”

La Fiscalía solicita la prisión preventiva. Para lograr esta meta procesal, necesita alegar fácticamente que hayan elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor de la infracción (artículo 534, numeral 2 del COIP) y debe exponer los indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad fueran insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva (artículo 534, numeral 3 del COIP).

Si miramos bien la alegación de la Fiscalía, ni siquiera logra exponer los hechos según los cuales la persona procesada era autora de la infracción. El Fiscal relata que la Policía había encontrado una planta de marihuana en el domicilio del procesado. Lo que no sabemos es la relación entre el procesado y la planta. Ante el hecho que él no vive solo en el domicilio, cada persona viviendo allá puede poseer dominio del hecho en cuanto a la tenencia de la planta. Como la Fiscalía no ha expuesto dónde exactamente se ha encontrado la planta, existe, según el relato de la misma Fiscalía, la severa duda sobre el dominio del hecho de procesado. Todo lo que dice el fiscal es “que esa planta de marihuana se encontraba en el interior del domicilio del procesado”. La alegación de la Fiscalía no revela cuántas habitaciones hay en la casa, cuántas personas viven allá ni el carácter y el lugar donde se ha encontrada la planta. Por lo tanto, la exposición de la Fiscalía no es sólida para fundamentar la responsabilidad de la persona procesada.

Lo que llama la atención al leer el expediente es que solo a través de la intervención del juez el lector se entera del lugar de la planta: “ha procedido a encontrar en el interior del domicilio a eso de las 8 de la mañana del día de hoy en una habitación que ha sido utilizada

como dormitorio, procediendo a la aprehensión del ciudadano (...) en donde han encontrado una planta presuntamente de marihuana”.

Es decir, la información relevante acerca el dominio del hecho ha sido introducida a la audiencia de Flagrancia por el juez que citó el parte policial informativo. Solamente mediante esta información (...) que ha sido utilizado como dormitorio...), la solicitud de la Fiscalía llegó a ser concluyente en cuanto al dominio del hecho (resultando subjetivo hacia la tenencia). Ante eso, el deber de la **Defensa era rechazar** la solicitud por falta de fundamentación, es decir, por no haber expuesto los hechos de los cuales se puede desprender que el procesado es autor de la infracción.

Además, el deber del defensor era **rechazar** la intervención del juez por violar los principios de **oralidad, imparcialidad y contradicción**: al utilizar el parte policial para curar el relato insuficiente del Fiscal, el Juez vulneró los principios estipulados en el artículo 5, numerales 11, 13 y 19 del COIP.

La Fiscalía tampoco ha expuesto y detallado si el peso neto de la marihuana contiene sustancia activa alguna, ni ha explicado en qué consiste el peso neto, pues el término *marihuana* hace referencia a las flores secas, las hojas subyacentes y los tallos de ejemplares **hembra** de la planta cannabis. Los brotes (las flores) de la planta de cannabis **hembra** contienen la mayor concentración de tetrahidrocannabinol (THC), seguido por las hojas. Los tallos y las semillas tienen niveles de THC mucho más bajos. El contenido es de entre un 3 y un 22 por ciento de TCH. Es decir, falta especificar si la planta era hembra y si el peso neto hacía referencia a las flores (brotes) secas o si solamente cortaron las ramas para determinar el peso neto. Evidentemente, las hojas secas tienen otro peso que las hojas recién cosechadas. Finalmente, la Fiscalía no ha determinado el contenido de ingredientes psicoactivos (THC) dentro del peso neto. Con ello, no sabemos qué quiere decir “peso neto”. Tan indeterminada, la referencia al peso neto no puede fundamentar una responsabilidad en el sentido del artículo 534, numerales 1 y 2 del COIP.

1.2.2 Errores al nivel “*peligro procesal*”

Aún peor ha sido la alegación de la Fiscalía en cuanto a los presupuestos del artículo 534, numeral 3 del COIP. En lugar de exponer (¡y comprobar!) los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes, el fiscal solamente ha repetido la norma, sosteniendo que:

(...) “existen también indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesario la prisión preventiva para asegurar la presencia al juicio (...) por ello es importantísimo la prisión preventiva”.

Aquí encontramos dos errores graves. El Fiscal solamente sostiene que existían aquellos indicios, no menciona con ninguna palabra uno de los supuestos indicios. En otras palabras: la solicitud de la prisión preventiva no ha sido fundamentada: no sabemos mediante qué indicios existiría el supuesto riesgo procesal.

Para rematar, la “subsunción”, la conclusión jurídica de la Fiscalía se limita a las palabras “por ello es importantísimo la prisión preventiva”. El uso de las palabras “por ello” abre una conclusión, es decir, una **deducción** de lo anteriormente mencionado a la consecuencia jurídica. Sin embargo, el Fiscal solamente menciona el texto de la norma y concluye desde las premisas generales que la prisión preventiva era “importantísimo”. El uso del lenguaje subrayando el adjetivo no logra ocultar el vacío en su alegación.

En resumen: la fundamentación de la solicitud no expone elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor de la infracción, ni expone la necesidad de la prisión preventiva. Por eso, **la solicitud ha sido ilícita**. Hubiese sido el deber, tanto del Juez como del Defensor, rechazar la solicitud por falta de fundamentación.

De forma insuficiente se presentó la motivación por parte del juzgador. Miremos el manejo del llamado arraigo social, ya sabemos que a la Fiscalía corresponde comprobar el peligro procesal. También sabemos que la figura jurídica “arraigo social” no existe según el COIP. Ahora bien, a pesar de esto, el Defensor ha presentado un amplio

material del que se puede desprender el arraigo social, domiciliario y laboral. Citemos la alegación de la Defensa en cuanto al “arraigo”.

(...) y como consta en el parte policial y por el mismo principio **manifiesta que se ha justificado el Arraigo laboral** ya que el **ciudadano labora, en revisión y técnico cuenca aire en el sector Capulispamba no se justifica con documentación por el tiempo y por la detención del ciudadano no se podido obtener documento.**

Arraigo familiar se puede **justificar** a través de secretaria que **CRISTIAN EDUARDO O. B. tiene que pagar pensiones alimenticias para una hija menor de edad** por lo que se estaría vulnerando derechos de una niña menor de edad además de aquello manifiesta que se esta dando la cara, una tía paterna la misma **que se encuentra presente en esta audiencia**, arraigo familiar. **Arraigo domiciliario** del expediente de fiscalía se puede ver claramente donde esta ubicado el **domicilio con fotografías a colores y e inclusive foto satelital, se ha emitido una orden de allanamiento donde esta determinando la dirección del domicilio** en la parroquia El Cabo (arraigo domiciliario).

En este sentido, el Defensor hace todo lo que puede hacer ante la premura del tiempo, aunque no le corresponde presentar documentos del arraigo social. El arraigo domiciliario se desprende fácilmente del expediente. Una tía del procesado estuvo en la audiencia para pronunciarse sobre las relaciones familiares.

Notable la conclusión del juez ante esta alegación:

Por otro lado se dice que si bien es cierto tiene arraigo laboral este no se ha justificado y si bien conocemos el domicilio con la argumentación del arraigo domiciliario; sin embargo no es suficiente que se puede señalar una medida cautelar que sustituya a la prisión preventiva.

Ignorancia es el único adjetivo que nos ocurre ante esta frase. **Priero:** no es la obligación del procesado justificar su arraigo laboral independientemente que a menudo es imposible presentar pruebas del arraigo laboral en pocas horas. **Segundo:** la motivación que nos da el juez es altamente insuficiente. Reconociendo que si “bien co-

nocemos el domicilio” no da ninguna razón por la cual esto no debería ser suficiente para refutar el peligro procesal. Todo lo que dice es que “no es suficiente”. Como lo medular del trabajo de un juez consta en **motivar** su decisión, la resolución presente es un fracaso: no da ninguna motivación.

Además, la frase citada revela un error de lógica. Argumentando que el arraigo domiciliario “**no es suficiente que se puede señalar una medida cautelar que sustituya a la prisión preventiva**” implica que en casos de la falta del riesgo procesal (bajo los presupuestos erróneos del juez: arraigo social documentado), la prisión preventiva podría ser **sustituida**. De nuevo implicaría que la prisión preventiva era la regla, una medida cautelar aplicada siempre, y solamente en casos excepcionales se puede **sustituirla**. Pues, la situación legal dice lo contrario: es la última medida cautelar a considerar (artículo 522 del COIP). Exclusivamente, si otras medidas cautelares son insuficientes, se puede disponer la privación de la libertad como medida cautelar **necesaria**: al motivar, el juez debe explicar por qué otras medidas cautelares fueron insuficientes (artículo 534, numeral 3 del COIP). Finalmente, la sustitución de la prisión preventiva es otro paso lógico, más allá de su aplicación inicial (artículo 536 del COIP).

Tampoco el Juez consideró criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada (artículo 520, numeral 4 del COIP).

Finalmente, se presentó una contradicción notable en el expediente. En la audiencia de flagrancia, el juez ha refutado el arraigo social. Sin embargo, diez días después, el Juez, justifica la suspensión condicional de la pena “**con la justificación del arraigo laboral, familiar.**” Es decir, el mismo arraigo social que supuestamente faltaba al dictar la prisión preventiva aparece misteriosamente cuando el procesado se sometía al procedimiento abreviado, ante la coacción que representa la privación de libertad.

En pocas palabras: el Juez no explicó la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Él no explicó por qué (por cuáles antecedentes de hecho, por cuáles indicios) ha aplicado la prisión preventiva. Ante esta falta de motivación de la resolución, el Defen-

sor Público tenía la **obligación de solicitar la sanción** del juez según el artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República.

2. Extracto caso “Madre soltera”

Finalmente, presentamos el extracto de otro caso emblemático. Ahí podemos ver el fracaso de la Fiscalía y del juzgador en el intento de fundamentación y motivación, vulnerando severamente el principio de la proporcionalidad.

UNIDAD JUDICIAL DE FLAGRANCIAS
DEL CANTON MACHALA.
Oficio N° 713-UJFCM-07710-2016-00415
29/04/2016 ACTA RESUMEN

FISCALÍA CONSIDERA QUE SE ENCUENTRAN REUNIDOS LOS REQUISITOS DEL ART 354 DEL COIP, **POR LO QUE LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS NO SON SUFICIENTES**, HASTA EL MOMENTO NO SE HA JUSTIFICADO NINGÚN TIPO DE ARRAIGO SOCIAL Y SÍ EXISTE RIESGO DE FUGA, POR LO QUE SE SOLICITA LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

DEFENSOR PUBLICO: ELLAS (las procesadas) HAN COLABORADO EN TODO MOMENTO, Y EN NINGÚN MOMENTO HAN TRATADO DE EVADIR A LA ACTIVIDAD POLICIAL, M. ES UNA MADRE SOLTERA DE UN NIÑO DE **TRES AÑOS DE EDAD, TRABAJA EN UN BAR Y PRODUCTO DE SU ESFUERZO MANTIENE** AL NIÑO Y SI SE LA PRIVARÍA DE LA LIBERTAD DEJARÍAMOS EN ABANDONO AL MENOR, ADEMÁS ELLA ESTÁ RECIBIENDO TRATAMIENTO PSIQUIÁTRICO DONDE LE PRESCRIBE UNA SERIE DE MEDICINAS, POR LO QUE SOLICITO QUE NO GIRE UNA PRISIÓN PREVENTIVA POR CUANTO VAMOS A **AGUDIZAR SU ESTADO DE SALUD, RESPECTO A M. J. ELLA TIENE UNA MENOR QUE TIENE DOS AÑOS DE EDAD, POR LO QUE ES INDISPENSABLE QUE ELLA ESTE LIBRE, ESTAMOS DEMOSTRANDO QUE LAS DOS PERSONAS JUSTIFICAN UN SUFICIENTE ARRAIGO, ELLAS SON MADRES QUE NECESITAN TRABAJAR PARA SACAR ADELANTE A SU HIJOS, Y QUE SE SUSTITUYA LA PRISIÓN PREVENTIVA.**

JUEZA Nataly Sánchez Sánchez: SE CALIFICA LA FLAGRANCIA Y LA LEGALIDAD DE LA APREHENSIÓN, SE NOTIFICA A LAS PARTES QUE FISCALÍA HA DADO INICIO A LA INSTRUCCIÓN FISCAL EN CONTRA DE LAS PROCESADAS, SE ORDENA LA PRISIÓN PREVENTIVA PARA LAS PROCESADAS POR HABER ADECUADO SU CONDUCTA A LO ESTABLECIDO EN EL ART. 189 EN CALIDAD DE AUTORA Y CÓMPlice (...)

2.1. Análisis

No miremos los elementos de convicción, solamente la fundamentación de la Fiscalía y la motivación de la Jueza. La fundamentación de la solicitud de la Fiscalía se limita a decir una frase vacía:

Considera que se encuentran reunidos los requisitos del art 354 del COIP, **por lo que las medidas alternativas no son suficientes**, hasta el momento no se ha justificado ningún tipo de arraigo social y sí existe riesgo de fuga, **por lo que** se solicita la privación de libertad” (prisión preventiva).

De nuevo la Fiscalía no expone indicios para sostener su solicitud, no menciona con ninguna palabra por qué las medidas alternativas no eran suficientes. De nuevo repite el error de otorgar la carga de la prueba a la defensa. La solicitud era ilícita y sujeta al rechazo por parte de la defensa.

La “motivación” de la Jueza es inexistente y viola el COIP y la Constitución de la República. No menciona el hecho expuesto por la Defensa sobre el arraigo familiar. La jueza fracasa en cumplir con los requisitos del artículo 520, numeral 4 del COIP que estipula: **al motivar** su decisión la o el juzgador **considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad** de la medida solicitada. Ante los hechos expuestos por la defensa, **era el deber** de la jueza explicar **minuciosamente** por qué dictó la prisión preventiva a pesar de que las personas procesadas **son madres solteras** de menores de edad. Como hemos visto anteriormente, al dictar la prisión preventiva, el juez debe considerar los efectos secundarios de la medida solicitada. En este caso, la privación de la libertad obviamente presentará efectos severos para dos menores de edad (de dos y tres años). Una motivación debida debería abarcar la consideración de la afectación a los menores de edad ante las ventajas de la prisión preventiva para la administración de la justicia. En pocas palabras: una **ponderación precisa**, tanto de los daños como los beneficios de la medida solicitada. Como la jueza no ha motivado su resolución, aquella es sujeta a la sanción del artículo 76, numeral 7, literal l de la Constitución de la República. La resolución dictando la prisión preventiva es, por falta de motivación, **nula**.

Como el procedimiento que resultó en la prisión preventiva no cumple con el deber jurídico de la Fiscalía de **fundamentar** su solicitud, ni con el deber jurídico del juzgador de **motivar** su decisión, la privación de la libertad es arbitraria en el sentido del **artículo 7.3 CADH**: Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento **arbitrarios**⁸⁶. La Corte Interamericana de derechos Humanos falló que:

Cualquier restricción a la libertad que no contenga una **motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas** será **arbitraria** y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención⁸⁷.

En casos como el presente, la defensa debe presentar la acción de hábeas corpus según el **artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional**. Este recurso legal tiene el objeto de “no ser privada de la libertad **en forma ilegal, arbitraria o ilegítima**”. Como hemos visto, la resolución presente es **nula** por falta de motivación y por eso no puede ser considerada como base legal para la privación de la libertad.

Lo anteriormente mencionado abre la vía hacia la **responsabilidad penal** de la jueza por el delito de privación ilegal de libertad (artículo 160, numeral 1 del COIP).

Finalmente, al ignorar la alegación **sustanciada** de la defensa, la jueza violó el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que estipula: “Toda persona tiene derecho a ser oída por un juez”.

⁸⁶En cuanto a las detenciones arbitrarias, la Corte Interamericana de Derechos Humanos fijó: nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que -aun calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. Véase caso Gangaram Panday, párr. 47. La Corte vincula en sus sentencias aspectos de la proporcionalidad con los de la arbitrariedad, es decir, el desacato del principio de la proporcionalidad abarca en el veredicto de la arbitrariedad.

⁸⁷Chaparro Álvarez, párr. 93. Igualmente en García Asto, párr. 128, Yvon Neptune, párr. 98, y Bayarri, párr. 62.

3. Conclusión

Históricamente, la aplicación del poder estatal en el Ecuador no ha sido **racionalizada**. En lugar de ejercer las injerencias en los derechos fundamentales de los ciudadanos **en el marco estricto** de la Ley y de la Constitución, la costumbre, la arbitrariedad y las intervenciones por el poder ejecutivo determinan la privación de la libertad.

La obstinación en estas faltas es una prueba para la defensa. Sin embargo, en casi todas las audiencias de flagrancia suelen repetirse los mismos cuatro errores:

1. Falta de fundamentación de la solicitud de la Fiscalía (artículo 520, numeral 2, 534 inciso 1 del COIP)
2. Falta de motivación de la resolución del juzgador (artículo 520, numeral 3, 540 del COIP; artículo 76, numeral 7, literal I de la Constitución de la República)
3. Falta de considerar criterios de necesidad y proporcionalidad (artículo 520, numeral 4; artículo 534, numeral 3 del COIP).
4. Falta de la distribución de la carga de la prueba (artículo 5, numeral 13 del COIP).

Mediante este manual, la defensa podrá emprender este reto de velar por la libertad de los usuarios, de manera más eficaz y, al mismo tiempo, aportar a un cambio de la cultura jurídica de los actores del sistema judicial.



**Capítulo
VI**

1. Hallazgos del estudio empírico “La prisión preventiva en el Ecuador”

1.1 Antecedentes y metodología

El equipo de trabajo de la Defensoría Pública¹, con apoyo de VICESSE | Vienna Centre for Societal Security [Wiener Zentrum für sozialwissenschaftliche Sicherheitsforschung]², ha analizado un total de 379 casos de Flagrancia. Las audiencias respectivas tuvieron lugar entre el 10 de agosto de 2014 (vigencia de Código Orgánica Integral Penal) hasta 31 de diciembre de 2016 (plazo límite). En este período, la Defensoría Pública ha patrocinado un total de 24 953 casos en flagrancia. Para lograr un margen de confiabilidad (nivel de confianza) de 95 por ciento y una muestra estadística representativa, la muestra debe abarcar 379 casos.

Este procedimiento corresponde a los estándares de las buenas prácticas científicas y se realiza a través de la siguiente fórmula:

$$1 + \left(\frac{\frac{Z^2 \times P(1-P)}{e^2}}{N} \right)$$

N	Población
e	Error aleatorio
Z	Intervalo de confianza
P	Probabilidad de la exactitud de la suposición (aquí fue puesta en 0,5, la suposición más cautelosa)

¹El autor quiere agradecer a Ab. Marianela Rea Toalombo.

²El autor quiere agradecer a Norbert Leonhardmair.

Los 379 casos no han sido elegidos aleatoriamente, sino según la ponderación (aparición) en las provincias. Así se puede garantizar que la muestra estadística represente la población según las provincias para evitar que las provincias más pequeñas sean dejadas de lado.

La ponderación se presentó de la siguiente manera:

Provincia	Total	Porcentaje	Casos elegidos
Azuay	438	2%	7
Bolívar	89	0%	1
Cañar	191	1%	3
Carchi	405	2%	6
Chimborazo	87	0%	1
Cotopaxi	406	2%	6
El Oro	1140	5%	17
Esmeraldas	735	3%	11
Galápagos	49	0%	1
Guayas	9236	37%	140
Imbabura	625	3%	9
Loja	389	2%	6
Los Ríos	812	3%	12
Manabí	1114	4%	17
Morona Santiago	203	1%	3
Napo	216	1%	3
Orellana	337	1%	5
Pastaza	143	1%	2
Pichincha	6024	24%	91
Santa Elena	295	1%	4
Santo Domingo de los Tsáchilas	1105	4%	17
Sucumbíos	380	2%	6
Tungurahua	474	2%	7
Zamora Chinchipe	60	0%	1
Total	24953	100%	379

Mediante los nombres y apellidos de las personas procesadas hemos accedido a los expedientes de los casos respectivos en la página web del Consejo de la Judicatura (SATJE - Consulta de Procesos). Los 379 expedientes evaluados se encuentran en posición del equipo de trabajo en formato pdf. Hemos descartado casos con adolescentes y

delitos sexuales, pues estos no son accesibles en el SATJE. Por casos con errores en los apellidos en el sistema de la Defensoría Pública, o por razones desconocidas que impidieron encontrar en el sistema del Consejo de la Judicatura, generamos casos que suplan esta falencia.

Analizado el universo, en 19 casos, se observa que el juez dictó medidas alternativas a la prisión preventiva, mientras que en 360 casos se dictó prisión preventiva, es decir, en el 94,99 por ciento de los casos evaluados.

Estos 360 casos han sido analizados a base de la calidad de la solicitud de la Fiscalía y de la motivación de la resolución del juez. La calidad de la fundamentación y motivación ha sido evaluada según una puntuación que incluye tres aspectos como se reflejan en los requisitos de la Ley y la Constitución: 1. Presentación del antecedente, 2. Premisa (supuesto de hecho) y 3. Calidad de la deducción (conclusión), pues la calidad de una fundamentación (o de cualquier silogismo de subsunción) se funda en un triángulo: La exposición de la premisa (norma general, el supuesto de hecho), la calidad de la conclusión (¿es necesaria o es un paralogismo? ¿La norma para aplicar ha sido entendida o interpretada correctamente?), y, finalmente la exposición concienzuda de los antecedentes del hecho, los cuales son necesarios para cualquier subsunción.

Se preguntó si los jueces han considerado aspectos de proporcionalidad y necesidad al motivar su decisión, como requiere el COIP en varios de sus artículos (artículo 534 numeral 3; artículo 520 numeral 4). Queríamos saber si las solicitudes de la Fiscalía han sido debidamente fundamentadas, es decir, si eran concluyentes y cumplieron con las exigencias del COIP.

De nuestro interés era además el manejo de la carga de la prueba, es decir, a cuáles de las partes procesales los jueces han asignado comprobar el peligro procesal, lo cual es el requisito legal para dictar prisión preventiva (artículo 534 numeral 3 del COIP): “Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas son insuficientes(...)”.

Más allá de aquellas cuestiones cualitativas, hicimos constar también datos demográficos y estadísticos en cuanto al procedimiento y las actuaciones de las partes procesales.

Estos datos se presentaron de la siguiente forma:

Edad, provincia, tipo delito, entrada prisión preventiva, salida prisión preventiva, duración, ingresos, domicilio, bienes inmuebles, reincidentes, resultado del juicio, fundamentación solicitud fiscalía, fundamentación resolución, carga de la prueba para la procedencia de la prisión preventiva, y recursos contra la prisión preventiva.

Mientras en la mayoría de las preguntas se podía hacer constar meros datos (edad, tipo penal, duración de la prisión preventiva, apelación, hijos menores de edad), la pregunta por la calidad de la fundamentación de la solicitud y la calidad de la motivación de la resolución presentó un reto para el equipo del trabajo. La norma (o pauta) para una motivación debida es la letra de la Constitución de la República, como estipula el artículo 76 numeral 7, literal I:

“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.

Correspondiente con esto, la Corte Constitucional del Ecuador en su sentencia No. 030-15-Sep-CC, ha señalado que:

“en todos los casos, los jueces o tribunales deberán hacer una exposición detallada de los fundamentos de su decisión, en relación directa con los hechos (...)”.

Por lo tanto, la Constitución de la República está parafraseando la noción de la subsunción: los actos de fundamentar y motivar requieren que se aplique el silogismo de determinación de la consecuencia jurídica, es decir: explicar por qué el hecho H se puede subsumir bajo el supuesto de hecho S para concluir la consecuencia jurídica C. (¿por qué el fenómeno vital es un “caso” de la norma?).

Por lo tanto, lo que nos preguntamos es: ¿hubo una exposición detallada de las normas que fundamentan la decisión y aún más importante una subsunción de los hechos apropiadamente expuestos bajo las normas debidamente interpretadas para justificar a la conclusión jurídica?

Para tener una buena calificación de cinco puntos, los jueces tendrían que exponer los hechos y explicar minuciosamente por qué estos hechos se subsumen bajo la norma. Por ejemplo, el juez debería exponer los hechos (el fenómeno vital) “de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes”, (artículo 534 numeral 3, del COIP) y explicar (motivar) por qué de estos indicios se concluye la consecuencia jurídica solicitada por la Fiscalía.

Como segundo requisito de la norma, el juez debe explicar por qué la prisión preventiva es necesaria. Ante eso, la resolución correctamente motivada debe abarcar los dos elementos del supuesto de hecho de insuficiencia de medidas alternativas y necesidad de prisión preventiva. Esta nivelación de la Ley es una concreción del principio de la proporcionalidad. Aunque medidas alternativas se presenten insuficientes (ante los hechos debidamente expuestos), según la segunda parte del Art. 534 núm. 3 COIP, la prisión preventiva todavía pueda ser innecesaria, es decir, desproporcional.

Por lo tanto, una buena resolución, correctamente motivada en el sentido de la Constitución de la República, debe abarcar los dos aspectos del supuesto de hecho (de la norma, de la premisa) y, como estipula la Constitución de la República, explicar la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (deducción).

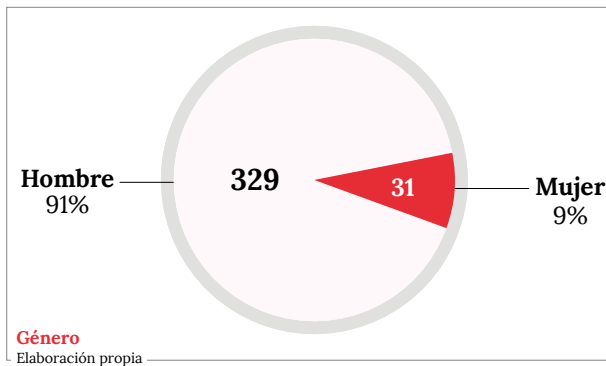
Lo mencionado vale igualmente para la solicitud de la Fiscalía. En su alegación, ella debe abarcar todos los antecedentes de hecho de los cuales se desprende la necesidad de la prisión preventiva (requisito de la fundamentación, artículo 520 numeral 2 del COIP).

De la misma manera, fundamentación y motivación se calificaron con hasta cinco puntos (lo más alto). Si faltaba motivación y fundamentación, hemos calificado la solicitud y resolución con cero (0) puntos. Solamente si la fundamentación y la motivación cumplieron con los tres aspectos del silogismo, se puede calificarlas con cinco puntos.

1.2 Hallazgos

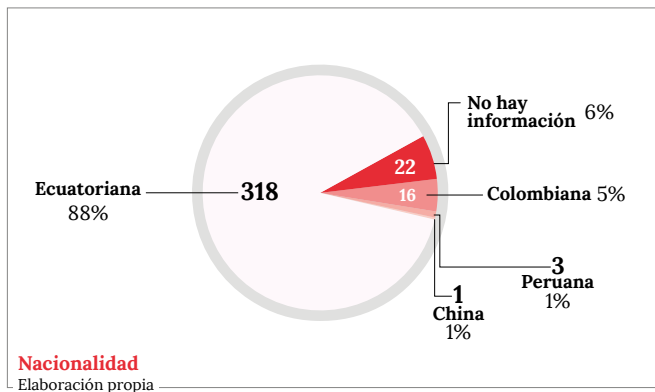
1.2.1 Género

El 91 por ciento de las personas afectadas por la prisión preventiva son del género masculino, y el 9% son de género femenino.



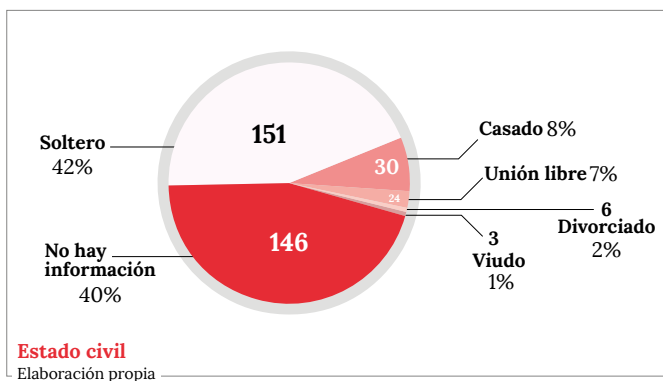
2. Nacionalidad

La gran mayoría de las personas afectadas es ecuatoriana, con un 88 por ciento; en el 6 por ciento de los casos de prisión preventiva no se ha revelado la nacionalidad de la persona procesada; por otra parte el 5 por ciento es colombiana; y el 1 por ciento es peruana.



3. Estado civil

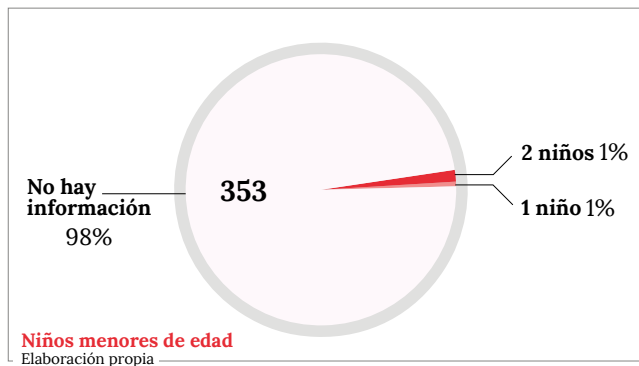
Igualmente, no existe información sobre el estado civil es el 40 por ciento de los casos. El 42 por ciento de las personas es soltera. Esto hace suponer que la falta de un matrimonio implica tácitamente el peligro de fuga, tácitamente porque esto nunca ha sido expresado.



4. Arraigos familiares, niños menores de edad

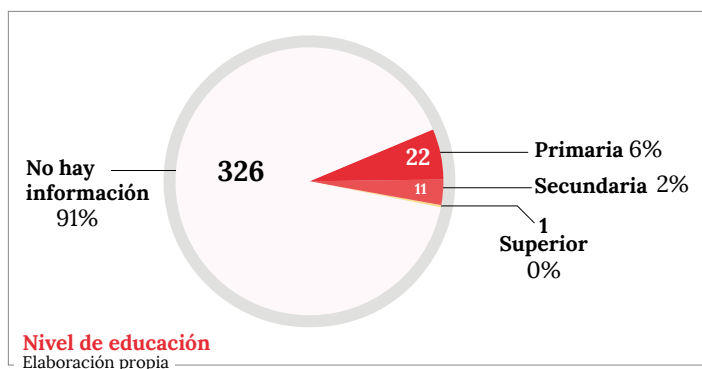
Sorprendentemente, en el 98 por ciento de los casos faltaba información sobre niños menores de edad. Esta falla se presenta aún más grave cuando los niños menores de edad mitigan significativamente el riesgo procesal.

Lo mismo sucede con la edad de los niños menores de edad. Los defensores públicos han omitido hacer constar estos datos en sus argumentaciones jurídicas.



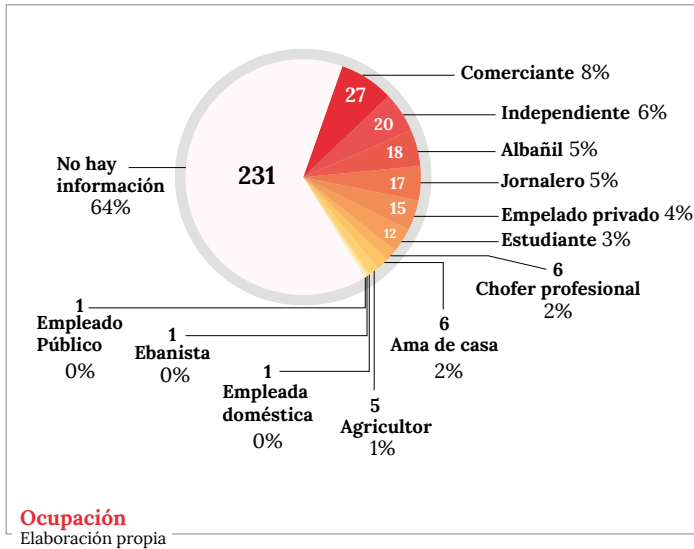
5. Nivel de educación

El desorden en la identificación de los datos personales continúa en la cuestión del nivel de educación, siendo este dato de importancia en el proceso. En el 91 por ciento de los casos no hay información sobre la persona procesada, mientras solamente una persona constaba con educación superior.



6. Ocupación

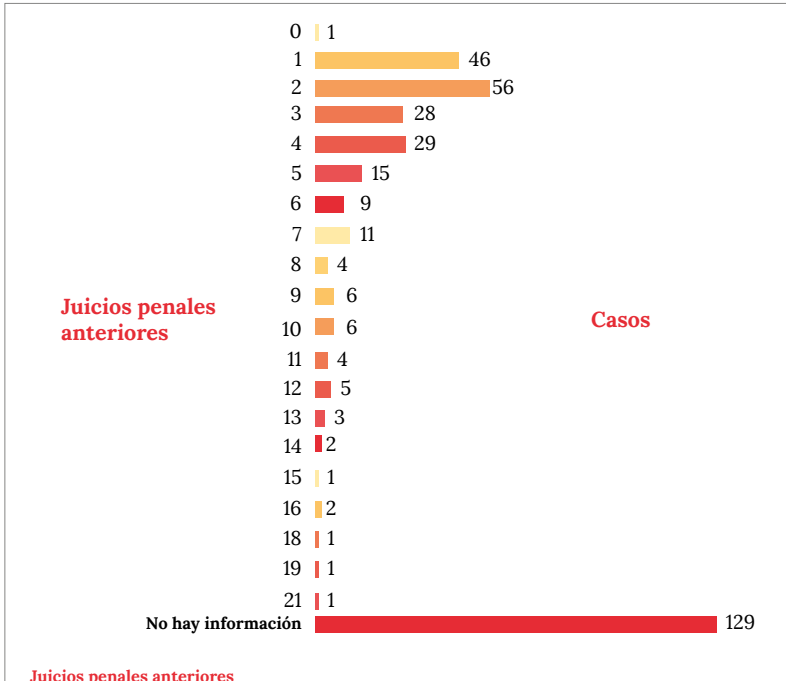
En el 64 por ciento de los casos, el juez no sabía que profesión tiene la persona procesada y afectada por la prisión preventiva.



Lo que llama la atención es la falta de profesiones que requieren un nivel de educación superior. Este hallazgo coincide con los resultados del gráfico 5: la “invisibilidad” de los crímenes de la clase alta, a pesar del filtro que significa el servicio de la Defensoría Pública. Es de suponer que los integrantes de la clase baja son más vulnerables a ser criminalizados por la Policía, puede ser porque permanecen y actúan en el espacio público y, por lo tanto, sus delitos son más fáciles de revelar que los crímenes de “cuello blanco”. También puede ocurrir que la Policía conoce que no se presentan quejas u otras formas de obstáculos para el juicio al criminalizar a la clase con menos recursos.

7. Juicios penales anteriores

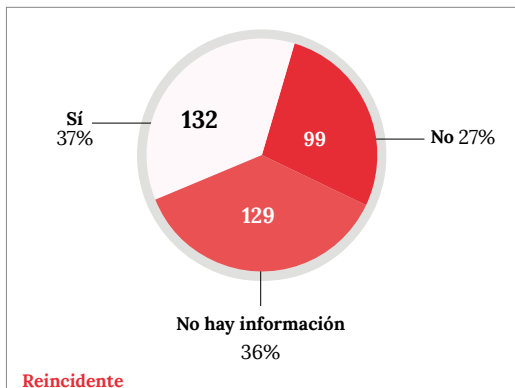
La cantidad de los juicios penales anteriores se presenta así, aún cuando la falta de datos llame de nuevo la atención.



Juicios penales anteriores
Elaboración propia

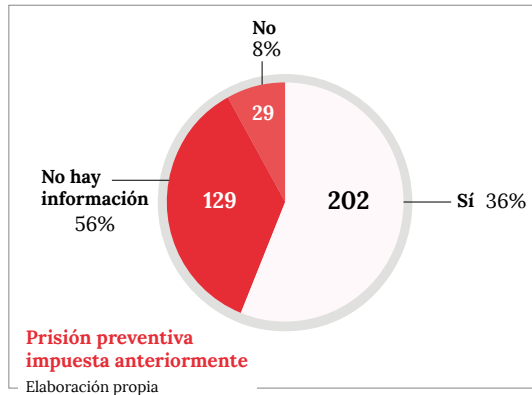
8. Reincidente

En el 37 por ciento de los casos, la persona procesada ha sido condenada por un delito similar anteriormente.

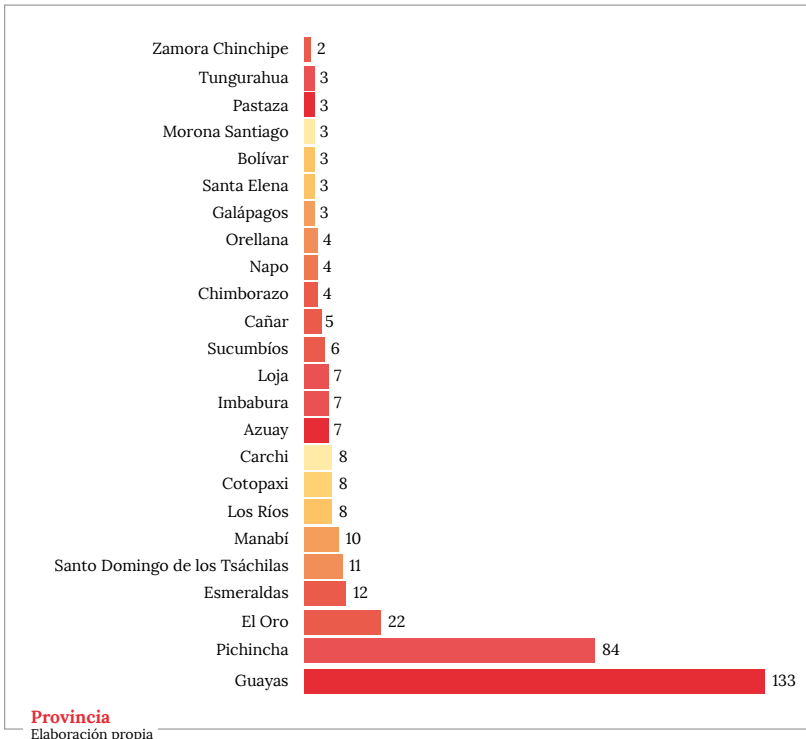


Reincidente
Elaboración propia

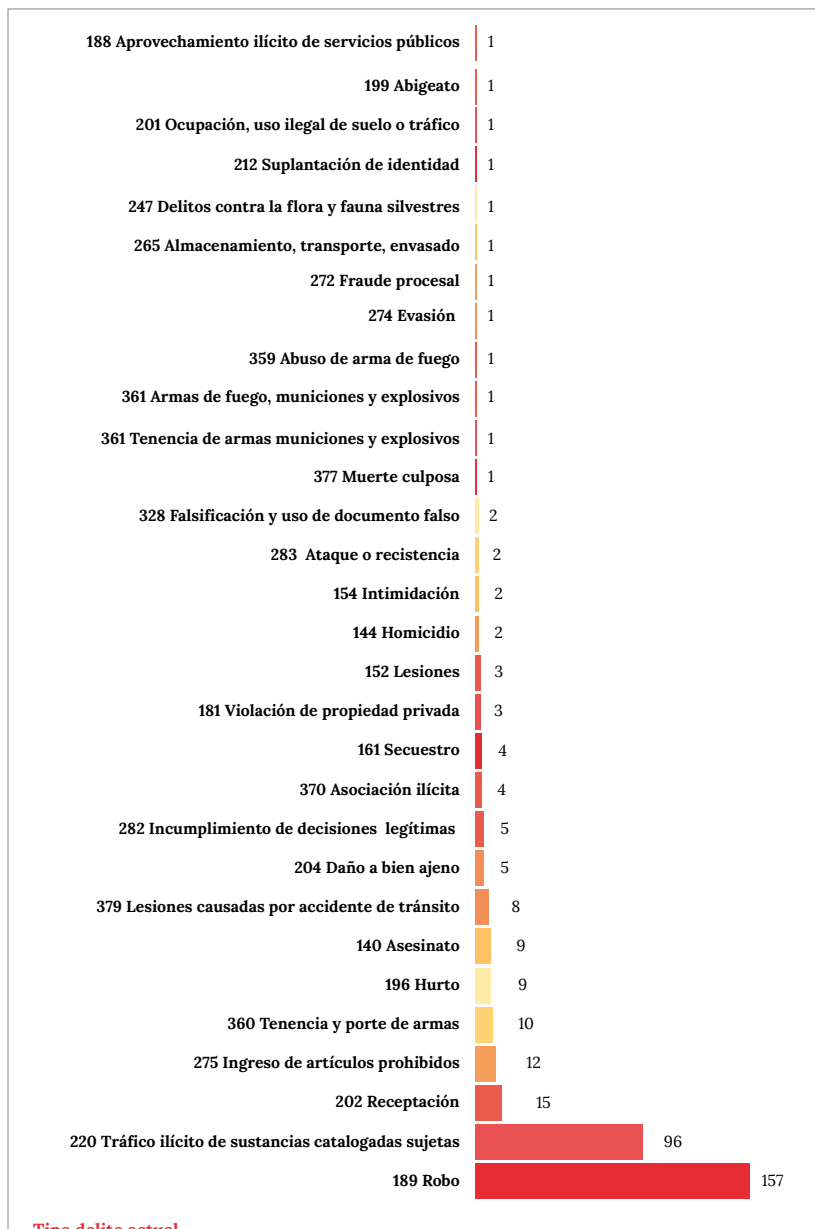
9. En el 56 por ciento de los casos, la prisión preventiva ha sido impuesta anteriormente.



10. Ponderación según provincias



11. Tipos penales

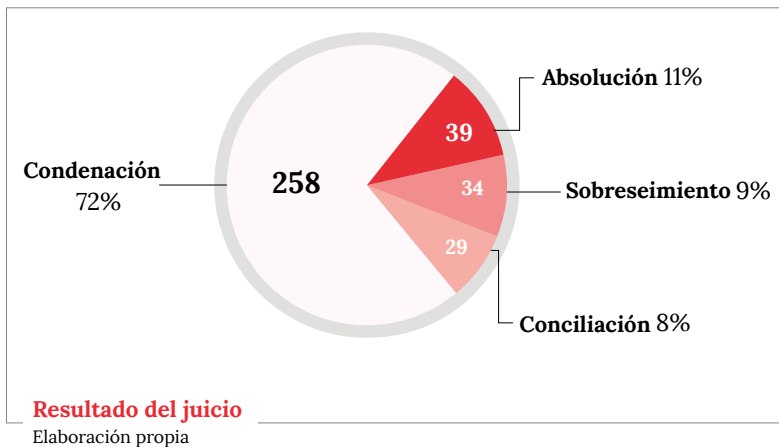


Tipo delito actual
Elaboración propia

Es sumamente interesante lo que se presenta en cuanto al delito penal por el cual se ha dictado la prisión preventiva: 70,28 por ciento de los encarcelamientos abarca robo (43,62 por ciento) y tráfico ilícito (26,67 por ciento), delitos que se presentan en su mayoría en el espacio público. A pesar del filtro que significa el servicio de la Defensoría Pública, es de suponer que los integrantes de la clase con menos recursos son más vulnerables de ser criminalizados que los integrantes de las clases media o alta, pues aquellos permanecen y actúan en el espacio público y por lo tanto sus delitos son más fáciles de revelar que los crímenes de “cuello blanco”, o como lo hemos dicho, la policía conoce que no presentó quejas u otras formas de evitar su criminalización. Sin embargo, ante la reserva que presenta el filtro “Defensoría Pública”, los datos no permiten más que expresar la tendencia hacia la bien documentada “selectividad” de la criminalidad.

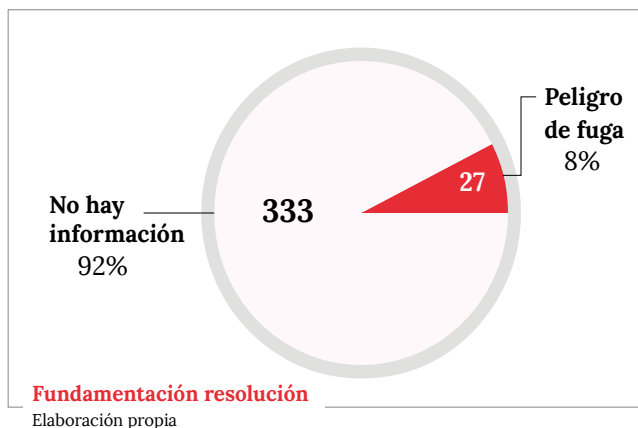
12. Resultado del proceso

En el 28 por ciento de los casos, la prisión preventiva ha sido dictada sin condena posterior.



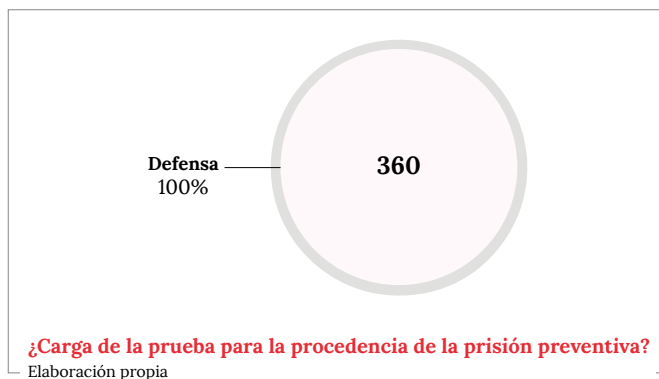
13. Fundamentación del auto

Contrario a lo estipulado por la Constitución, en el 92 por ciento de los casos no hubo fundamentación de la resolución dictando prisión preventiva. Es decir: en el 92 por ciento de los casos, ni la persona procesada ni la defensa se podía enterar del motivo por lo cual ha sido dictada la prisión preventiva.



En 8 por ciento de los casos, el juez habla del supuesto peligro de fuga.

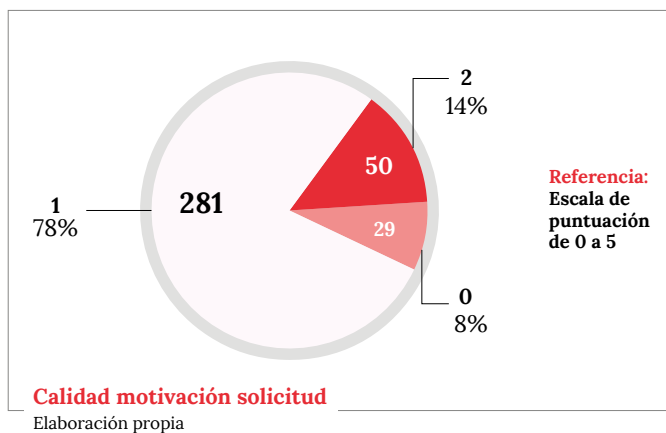
14. Carga de la prueba



En el 100 por ciento de los casos, los jueces atribuyeron la carga de la prueba a la defensa, en vulneración del COIP y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

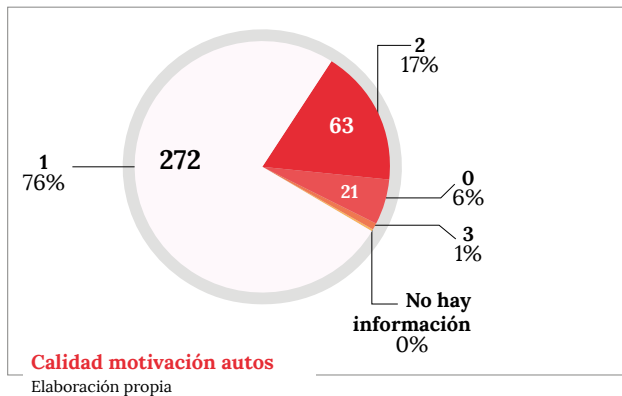
15. Calidad de la motivación de la solicitud de la Fiscalía

Como se expuso anteriormente, la gran parte del trabajo implicó evaluar la calidad de la solicitud según las exigencias de la Constitución. El resultado es alarmante: ninguna solicitud cumple con los requisitos legales. El 78 por ciento de las solicitudes logró un puntaje de uno (1) de cinco puntos.



16. Calidad de la resolución dictando prisión preventiva

La misma imagen se presenta ante el análisis de los autos dictando prisión preventiva. Solo el uno por ciento logró un puntaje de 3 puntos, es decir, 99 por ciento de los autos dictando prisión preventiva sería nulo según la Constitución de la República.



17. Recursos legales

Ante este hallazgo, es sumamente alarmante que la Defensoría Pública casi nunca apele las resoluciones en contra de sus usuarios. Solo en dos (2) de 360 casos, la Defensoría Pública apeló la decisión.



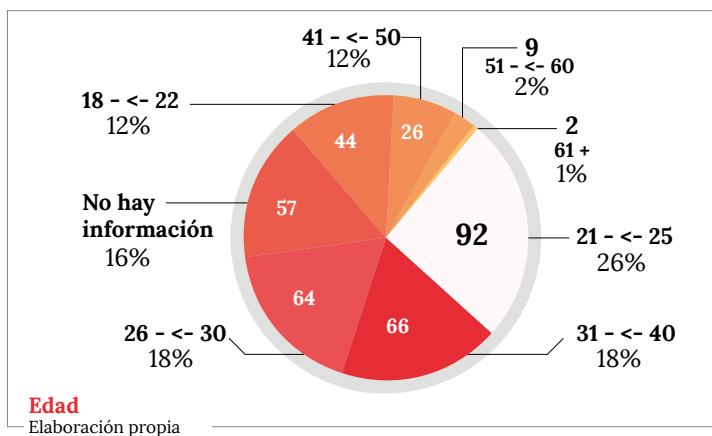
18. Proporcionalidad

Como se expone en el manual, el Código exige reiteradamente la consideración de criterios de necesidad y proporcionalidad (por ejemplo en el artículo 520, numeral 4 del COIP, en el marco de la motivación). No obstante, este requisito legal ha sido ignorado por los jueces en todas las resoluciones.

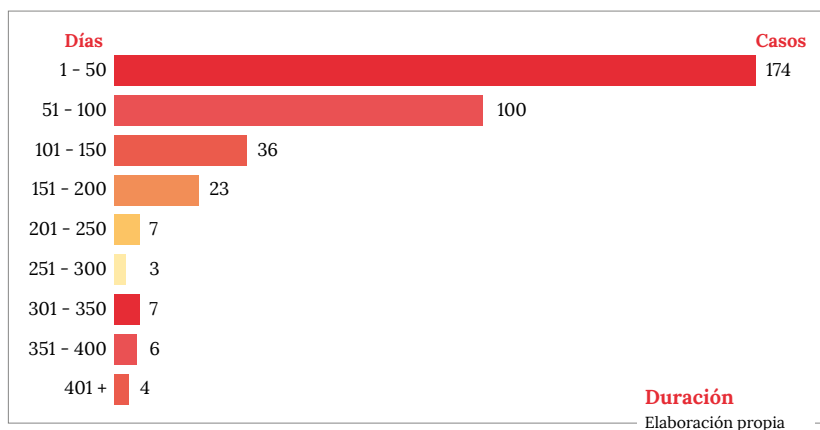


19. Distribución según de la edad

En cuanto a la edad de las personas afectadas por la prisión preventiva, el 26 por ciento está en un rango entre 21 y 25 años; 18 por ciento entre 26 y 30 años; otro 18 por ciento entre 31 y 40 años; existe un 16 por ciento del que no se cuenta con información; 12 por ciento tiene entre 18 y 20 años; 7 por ciento entre 41 y 50 años; mientras que el 2 por ciento tiene entre 51 y 60 años; y finalmente uno por ciento corresponde a personas mayores a 61 años.



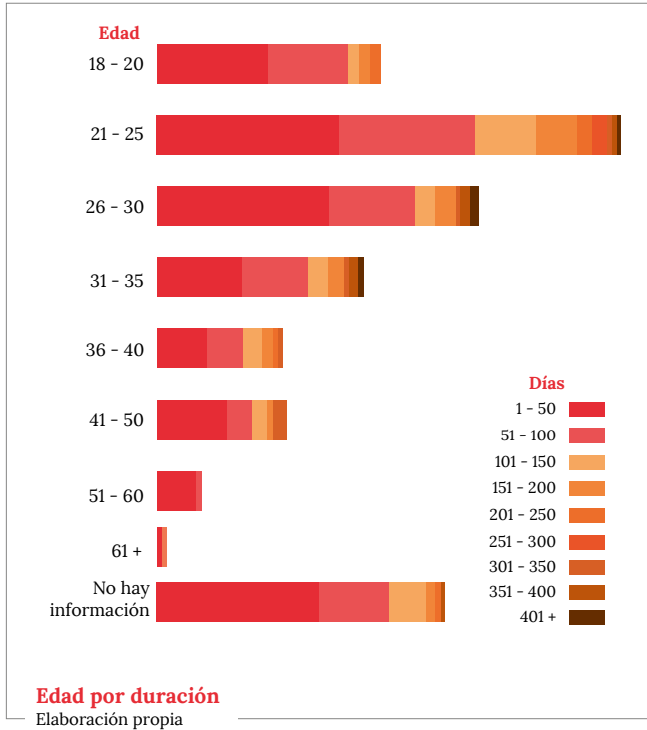
20. Duración



Este gráfico muestra la duración en prisión preventiva. Cabe destacar que en 17 casos, la persona afectada por prisión preventiva ha sido sometida a esta medida por más que 300 días. (4,72 por ciento), mientras el 28,34 por ciento de los casos la duración de prisión preventiva fue entre 51 y 100 días.

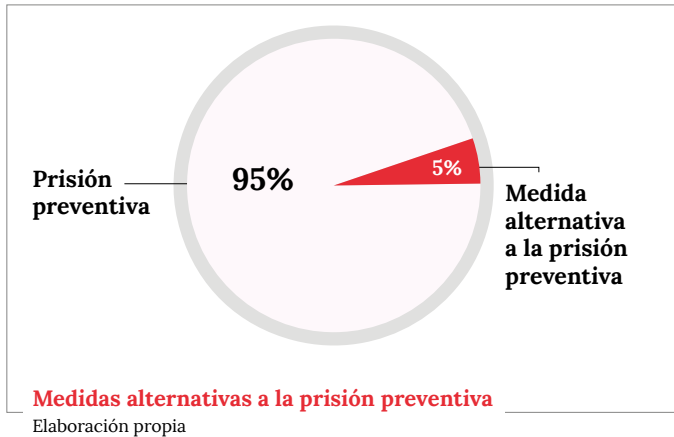
21. Tabulación cruzada

Para el estudio de la relación existente entre las variables categóricas “edad” y “duración” se aplicó una tabulación cruzada.



22. Medidas alternativas a la prisión preventiva

Como se menciona anteriormente, solo en el 5 por ciento de los 379 casos, no se dictó prisión preventiva, sino medidas alternativas. Dado que la Defensoría Pública ha patrocinado un total de 24 953 casos en Flagrancia, en el plazo analizado (10 de agosto 2014 hasta el 31 de diciembre 2016), se puede concluir que los defensores públicos tenían que manejar 23 707 privaciones de libertad durante este plazo, es decir, 30,8 privaciones de libertad por día, (23 707 / 770 días).

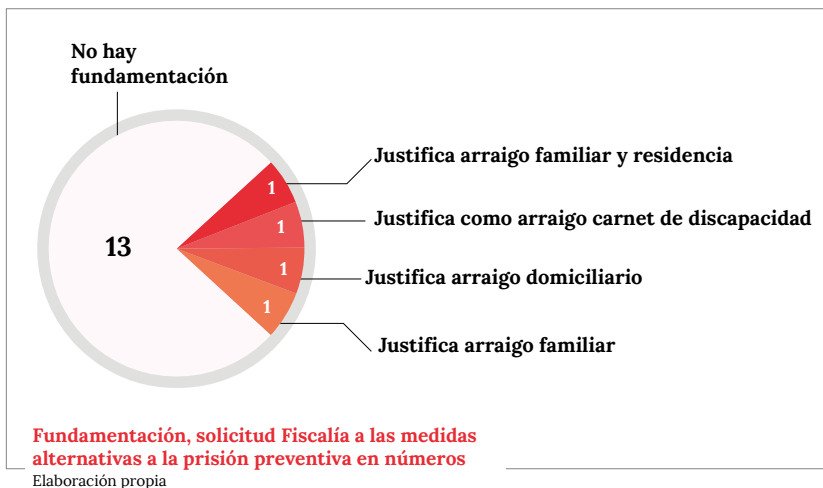


23. Fundamentación de la salida alternativa

Es importante explicar por qué en estos pocos casos no se han dictado la prisión preventiva.

Cabe mencionar que la Fiscalía no ha solicitado esta medida cautelar (prisión preventiva) en 17 casos.

Sorprendentemente, en dos casos la Fiscalía solicitó prisión preventiva; sin embargo, el juez no acogió su pedido por lo que no estuvo debidamente motivado. Es decir: del total de 362 casos de los cuales la Fiscalía ha solicitado prisión preventiva, solo 2 (dos) solicitudes fueron rechazadas por el juez por falta de fundamentación (0.55 por ciento). Esto muestra en nuestra interpretación la cercanía entre Fiscalía y el poder judicial, o, en otras palabras, la falta de división de los sujetos procesales entre acusador y juzgador que es característica del sistema acusatorio (artículo 5, numeral 16 del COIP) y adversarial (artículo 5, numeral 13 COIP).



En cuatro casos, de los 17 sin solicitud de prisión preventiva, la Fiscalía ha sostenido directamente arraigos domiciliarios y familiares o una discapacidad para solicitar las medidas cautelares estipuladas en los numerales 1 y 2 del artículo 522 del COIP. En 13 casos, no hubo ninguna fundamentación por no solicitar la prisión preventiva.

24. Tabulación cruzada “delito” y “duración prisión preventiva”

Como se menciona anteriormente, alrededor del 70 por ciento de casos con prisión preventiva patrocinados por la Defensoría Pública abarca delitos relacionados con drogas y delitos contra la propiedad (robo, hurto, receptación). En estos casos a menudo se realizan procedimientos abreviados y directos. Por eso es importante entender la relación entre tipo de delito y duración en la prisión preventiva. Para delitos contra la propiedad, en el 53,6 por ciento de los casos (97 casos), la duración en prisión preventiva fue entre 7 y 53 días. En el 25,97 por ciento (47 casos) la duración fue entre 54 y 107 días en prisión preventiva.

Las cifras se presentan así:

Delitos por propiedad	Tipo de delitos por duración de la prisión preventiva en días	Total general
Total	7 - 53 → 97	181 Robo Hurto Receptación
	54 - 107 → 47	
	108 - 161 → 17	
	162 - 215 → 10	
	216 - 269 → 6	
	270 - 323 → 1	
	324 - 377 → 1	
	378 - 532 → 2	

Elaboración propia

De manera semejante se presentan los resultados en cuanto a delitos relacionados con drogas:

Delitos por drogas	Tipo de delitos por duración de la prisión preventiva en días
Total 96	1 - 53 → 53
	54 - 107 → 18
	108 -> → 13

Elaboración propia

Se puede ver que en el 55,20 por ciento de los casos, permanece entre 1 o 53 días en prisión preventiva, mientras en 26,04 por ciento de los casos, los usuarios de la Defensoría Pública se quedaron más de 108 días en prisión preventiva.

