



UNIVERSIDAD TÉCNICA DE MACHALA

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

MAESTRÍA EN DERECHO Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL

TÍTULO DE LA TESIS

“AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL JUZGAMIENTO DE DELITOS FLAGRANTES”

ELABORADO POR:

ABG. MARIA ELVIRA CARPIO ERRAEZ

Artículo Profesional de Alto Nivel

TUTOR:

ABG. LUIS JOHAO CAMPOVERDE NIVICELA

MACHALA

2021

DEDICATORIA

A Dios, por ser mi guía, quién permite que continúe alcanzar mis propósitos.

A mis hijas María del Cisne y Mia Alejandra Maldonado Carpio por ser mi inspiración y mis ganas de esforzarme día a día.

A mi esposo Javier Enrique Maldonado Ordoñez; y, a mis padres Dora Nelly Erráez Suárez y Nery Alexander Carpio Villacís por todo el apoyo y el amor brindado.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Institución; y, a todo el personal docente que impartió sus conocimientos a los alumnos de esta I Cohorte, ya que a más de ser una guía, nos han permitido alimentar nuestros conocimientos, ayudándonos así a crecer profesionalmente.

RESPONSABILIDAD DE AUTORÍA

El Artículo Científico “AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL JUZGAMIENTO DE DELITOS FLAGRANTES” previa a la obtención del Grado Académico de Magíster, ha sido desarrollada en base a una investigación exhaustiva, respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan al pie de las páginas correspondientes, cuyas fuentes se incorporan en la bibliografía. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

Machala, 02 de Julio del 2021



María Elvira Carpio Erraez

C.C. 0704355874

CERTIFICACIÓN DEL TUTOR

Yo, Luis Johao Campoverde Nivicela con C.I 0704583111 tutor del trabajo “AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD AMBULATORIA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL JUZGAMIENTO DE DELITOS FLAGRANTES” en opción al título de Magíster en Derecho y Justicia Constitucional, ha sido revisado, enmarcado en los procedimientos científicos, técnicos, metodológicos y administrativos establecidos por el Centro de Posgrado de la Universidad Técnica de Machala (UTMACH), razón por la cual doy fe de los méritos suficientes para que sea presentado a evaluación.

Machala, 30 de Junio del 2021



Abg. Luis Johao Campoverde Nivicela
C.C. 0704583111

CERTIFICACIÓN DE PUBLICACIÓN



Junio 14 de 2021

Estimado (a) autor(a):

Gracias por su permanente interés en nuestra revista internacional a la que Ud. envió un trabajo para publicación y que ha sido procesado siguiendo nuestros procedimientos normales de evaluación y edición.

Artículo: "Afectación del derecho a la libertad ambulatoria y presunción de inocencia en el juzgamiento de delitos flagrantes".

Autores: María Elvira Carpio-Erráez y Luis Johao Campoverde-Nivicela.

Informo a Ud. que, de acuerdo al informe de los árbitros, el artículo cumple los requisitos necesarios para publicación, por lo tanto, se encuentra listo para su publicación en el volumen 4, número Especial (Dos-2021) de la revista "**Sociedad & Tecnología**", con ISSN: 2773-7349. La revista se encuentra indexada en directorios, catálogos y bases de datos internacionales como: Latindex catálogo 2.0, CrossRef (DOI), Directory of Open Access Scholarly Resources (ROAD), Red Latinoamericana de Revistas en Ciencias Sociales y humanidades (LatinREV), European Publishing Studies Association (EuroPub).

Atentamente,


Ph.D. Yohandra Rad Campayo
Co-Editor, responsable del número especial


RESUMEN

Este estudio tiene como finalidad evidenciar las tensiones que genera la prisión preventiva entre: la eficacia procesal y los derechos de libertad y presunción de inocencia. Parte de la premisa que su aplicación debe ser proporcional, necesaria y excepcional; sin embargo, devela casos en los que existe un uso exagerado y arbitrario de esta medida cautelar.

Este documento está basado en investigación teórica contenida en: textos académicos, estudios, Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así también información estadística y casuística, que revelan la intensidad del uso de la prisión preventiva en el Ecuador, construida desde el enfoque del garantismo penal, sin dejar de lado que el Estado debe garantizar el derecho a la verdad y el acceso a la justicia de las víctimas.

De los análisis cuantitativos y cualitativos realizados, se obtuvo que el 42% de las personas que fueron procesadas en flagrancia -año 2016- recibieron prisión preventiva, estadística que nos llama a la reflexión sobre lo excepcional del encarcelamiento preventivo en nuestro sistema procesal.

Finalmente, las recomendaciones de este estudio están dirigidas al buen uso de la prisión preventiva por parte de los administradores de justicia, así como invitan a desarrollar futuras líneas de investigación que se derivan de las conclusiones de este trabajo, lo que servirá de insumo para los tomadores de decisión de la política criminal en el Ecuador.

Palabras clave: Prisión; estándar; interamericano; inocencia; libertad; eficacia.

Introducción

El uso de la prisión preventiva en los Estados democráticos ha sido tratado en distintas instancias y foros. Su aplicación depende de circunstancias de orden fáctico y normativo. La normativa interna en el Ecuador delinea la finalidad de la prisión preventiva, así como establece requisitos concurrentes para que una persona sea privada de la libertad por concepto de esta medida cautelar. Los organismos regionales sobre derechos humanos, también han normado su uso, a través de instrumentos internacionales o siendo el caso de instancias que ejercen jurisdicción internacional como es la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia vinculante, la que ha fijado estándares para un uso racional de la misma.

Al hablar de la prisión preventiva existen varios cuestionamientos que saltan a la vista. De los más importantes es el derecho a la libertad personal¹. ¿Cómo se justifica privar de la libertad a una persona respecto de quien se debe garantizar su libertad y presumir su inocencia? Si bien es cierto y como se mencionó anteriormente, la medida de aseguramiento presupone una aplicación proporcional, necesaria y excepcional, ya que sus consecuencias atentan a la libertad, sin embargo existen ocasiones en que su aplicación puede llegar a ser legítima y ampararse bajo disposiciones constitucionales y legales.

En el contexto del sistema penal acusatorio ecuatoriano, el rol del agente fiscal y el juez de garantías penales es fundamental, pues sobre sus manos recae la decisión de solicitar, en el primer caso; y la decisión de aceptar y disponer, en el segundo, la aplicación del encarcelamiento preventivo.

Lo indicado genera una disyuntiva entre asegurar la comparecencia del procesado a un *eventual* juzgamiento y con ello garantizar un efectivo desenvolvimiento del proceso penal, frente a un derecho en tensión como defenderse en libertad. Son estos aspectos principalmente, los que se abordarán y desarrollarán en el estudio propuesto, a la luz de un análisis cuantitativo y cualitativo de casos a los que se les someterá a un examen de los estándares de la prisión preventiva dictados por la Corte Interamericana

de Derechos Humanos.

¹Libertad personal es la que permite a las personas trasladarse de un lugar a otro, en el marco de la Constitución y la ley. Hago esta distinción en razón de que se reconocen otro tipo de libertades, tales como: libertad de pensamiento, asociación, expresión, culto, entre otras.

DESARROLLO

1. El derecho a la presunción de inocencia y la garantía de la libertad

El derecho a que se presuma la inocencia de una persona se activa a través de garantías judiciales mínimas, las mismas que se encuentran desarrolladas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos², en adelante la Convención.

El artículo indicado, en su numeral segundo, despliega un catálogo de *garantías judiciales mínimas* que hacen efectivo el derecho a la presunción de inocencia, que se relacionan con reglas y seguridades básicas que deben garantizar los Estados al momento de ejercer su potestad punitiva en contra del justiciable y que se deben materializar en un proceso judicial bajo el control de un Juez de Garantías Penales.³

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante Corte IDH, la presunción de inocencia: “acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede en firme.”⁴ Las garantías judiciales son efectivas, entre otros, con los siguientes aspectos: defenderse en libertad, tener el tiempo necesario para

² *Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).Artículo 8, dispone:* Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

³En el Ecuador le corresponde al Juez de Garantías Penales velar por el correcto cumplimiento de las normas del debido proceso y los derechos de las

partes en el proceso penal. Para el cumplimiento de este deber la ley le ha otorgado varias atribuciones y facultades correctivas.

⁴Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza Vs. Venezuela, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, septiembre de 2011

preparar una defensa técnica, prohibición expresa de conminar al inculpado a declarar en su contra; para efectos de ese estudio, en este primer apartado se abordará la presunción de inocencia en la garantía *de la libertad -ambulatoria-*

La libertad se conecta directamente con el derecho al debido proceso, defensa y la presunción de inocencia. El derecho a la libertad personal es reconocido desde el nacimiento de las personas, está conectado de manera intrínseca con el ser humano. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo primero proclama: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos⁵”, concepto recogido por las actuales Constituciones e Instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos. En el Ecuador la libertad es garantizada por el ordenamiento jurídico a nivel supranacional, constitucional y legal.

La libertad se desarrolla en diversas formas –asociación, expresión, culto-; sin embargo la de interés para este estudio, guarda relación con la posibilidad de desplazamiento y movilidad –libertad ambulatoria-. El artículo 7.2 de la Convención Americana establece que: “nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.⁶

En el proceso penal en donde existen medidas de aseguramiento como la prisión preventiva, defenderse en libertad constituye un verdadero ejercicio al derecho de presunción de inocencia. Una persona privada de su libertad no tiene el tratamiento propio de un inocente, por lo cual la tensión entre presunción de inocencia y la prisión preventiva, es evidente.

La libertad es un componente del derecho a la presunción de inocencia y debido proceso, en conjunto con las garantías a las que se refiere el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Existe la posibilidad de limitarle a través de la prisión preventiva, lo que en ningún momento puede ser confundido por los administradores de justicia ni la sociedad como la destrucción del estatus de presunto inocente, sino como la aplicación de una medida de aseguramiento que tiene como fin dotar de seguridad y eficacia al proceso penal, es así que el artículo 7 de la Convención, consagra el derecho a la libertad personal, sin embargo en su

-
- ⁵ Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano (1789).
- ⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

numeral 5 al hablar de personas detenidas o retenidas, condiciona su libertad a garantías que aseguren la comparecencia al juicio de la persona.⁷

1.1. La tutela judicial efectiva

Consiste en la posibilidad de acudir a los órganos judiciales a fin de solicitar la protección de una situación jurídica que se alega está siendo violentada, bajo un proceso debidamente reglado, del cual se espera una resolución que ponga fin al proceso y que pueda ser ejecutada. Cuando la resolución que se dicta pone fin a la controversia y sus efectos son reales, suele denominarse efectividad. Para José Mata Amaya, “la efectividad de las resoluciones constituye un rasgo esencial del derecho a la tutela jurisdiccional. Así una tutela que no fuera efectiva, por definición, no sería tutela. Es por ello que el sistema procesal trata de asegurar que el juicio cumpla el fin para el que está previsto.”⁸

Por otro lado la Corte Constitucional de Colombia en su jurisprudencia recoge que “el acceso a la administración de justicia -derecho fundamental a la tutela judicial efectiva- ha sido catalogado como una necesidad inherente a la condición humana. Además ha sido considerado expresión medular del carácter democrático y participativo del Estado y pilar fundamental de la estructura de nuestro actual Estado Social de Derecho.”⁹

Por ello en la configuración de un Estado democrático, la administración de justicia se constituye en una piedra angular, ya que en ella se encuentra solución a los conflictos cotidianos de las personas, lo cual incide directamente en la convivencia social pacífica. Finalmente, en este sentido la Corte indica:

La Corte ha explicado que la tutela judicial efectiva también hace parte del núcleo esencial del debido proceso (art. 29 CP) y se proyecta como derecho fundamental de aplicación inmediata que se garantiza a través de las distintas acciones y recursos que el ordenamiento jurídico ha previsto para la protección de los derechos, con la advertencia de que el diseño de las condiciones de acceso y fijación de los requisitos para su pleno ejercicio corresponde al Legislador¹⁰.

⁷Ibíd.

⁸ José Mata Amaya, *El derecho a la tutela judicial efectiva*, 2011 (Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú), 547.

⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-337/16, 29 de junio de 2016.

¹⁰ *Ibíd*em

En el caso ecuatoriano, el artículo 169 de la Constitución de la República señala que el sistema procesal es un medio para la realización de la justicia, sin embargo el proceso se justifica solo en la medida de que a través de él se asegura una respuesta jurisdiccional, en cumplimiento de una serie de garantías de quienes pueden verse afectados por la decisión que se tome.

Existen retos a los que se debe enfrentar la tutela jurisdiccional efectiva, que radican por ejemplo en decisiones inejecutables; por otro lado, existen resoluciones que se materializan, en detrimento de las garantías del proceso. En ambos casos nos encontramos frente a la violación del derecho de tutela judicial efectiva. De ahí que el principal desafío de los sistemas procesales es que sean modelos que permitan la consecución de un proceso cumpliendo reglas y garantías claras, pero también con mecanismos efectivos que permitan el cumplimiento de las decisiones judiciales.

La temporalidad es un elemento que reviste de importancia en la efectividad de la tutela. El paso del tiempo puede resultar perjudicial para una de las partes, mientras que en beneficio para otras. En el caso del proceso penal que prevé privación de libertad cautelar, ésta debe ir acompañada de inmediatez en las actuaciones judiciales, de tal manera que la controversia se solucione en el menor tiempo posible, en respeto de las garantías de defensa. De ahí que no es una tarea fácil para el legislador que diseña el sistema procesal a través de leyes, tampoco lo es para el operador de justicia que las aplica. Calamandrei cuando comenta estos escenarios indica: “este es uno de aquellos casos en el que la necesidad de hacer las cosas rápido, choca con la necesidad de hacerlas bien.”¹¹

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 8 establece el derecho a las garantías judiciales, lo cual implica entre otras cosas “ser escuchado, con las debidas garantías, por un juez o tribunal imparcial, dentro de un plazo razonable.”¹² En esa línea de argumentos, la Corte IDH en lo que se refiere a la protección judicial, señaló en el caso Quintana Coello y otros Vs. Ecuador lo siguiente:

La Corte ha señalado que, en los términos del artículo 25 de la Convención, es posible identificar dos obligaciones específicas del Estado. La primera, consagrar normativamente y asegurar la debida aplicación de recursos efectivos ante las autoridades competentes,

que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción

¹¹ Piero Calamandrei, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, 1996

(Buenos Aires, El Foro), 43.

¹² Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 8.1.

contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas. La segunda, garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El derecho establecido en el artículo 25 se encuentra íntimamente ligado con la obligación general del artículo 1.1 de la Convención, al atribuir funciones de protección al derecho interno de los Estados Partes. A la vista de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad no sólo de diseñar y consagrar normativamente un recurso eficaz, sino también la de asegurar la debida aplicación de dicho recurso por parte de sus autoridades judiciales¹³.

Dicho lo anterior, queda clara la relevancia y el desarrollo constitucional, jurisprudencial y doctrinario relacionado con el acceso a la justicia en un Estado democrático, el cual se materializa a través del derecho a la tutela judicial efectiva. Sin duda este derecho va más allá de un recurso procesal expedito; sino implica la configuración de un sistema en donde los justiciables someten sus problemas a fin de obtener resoluciones motivadas –libres de arbitrariedades- y sean ejecutadas.

1.1.1 Los peligros procesales

Es conocido que los sistemas procesales comprenden etapas que se complementan unas con otras. En el caso del proceso penal ecuatoriano, la etapas de instrucción fiscal, evaluatoria y de preparación a juicio; la *estelar* de juicio y la de impugnación, están ligadas en la medida de que cada una de ellas precluye y satisface su finalidad; sin embargo pueden presentarse circunstancias que le impiden a la administración de justicia desarrollar correctamente sus cometidos, tal es el caso de los *peligros procesales* que pueden presentarse en el proceso penal. Frente a ello, ha sido el mismo sistema procesal que ha implementado antídotos a fin de contrarrestar el fracaso de la consecución del proceso, una de las herramientas creadas en el proceso penal es la prisión preventiva.

Jorge Pérez López, ha definido a los peligros procesales como como un presupuesto de la prisión preventiva, es la medida que la fundamenta, la legitima, la avala y constituye el requisito más importante de ésta; por ende, su valoración debe estar basada en juicios certeros, válidos, que no admitan duda a la hora de mencionarlos.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Quintana Coello y otros Vs. Ecuador, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 23 de agosto de 2013.

En esta línea, es importante indicar que el proceso penal es único dentro de otros procesos jurisdiccionales en donde se puede discutir una privación de libertad anticipada, sin implique un prejuzgamiento del fondo del pleito. La medida de aseguramiento en el proceso penal, tiene un fin precautelador, más no sancionador. En el caso de la prisión preventiva, la finalidad está ligada con la comparecencia del procesado al juicio y el cumplimiento de una eventual pena. Como se indicó anteriormente, el derecho a la libertad no es absoluto, está ligado a medidas que faciliten el conocimiento de la verdad dentro de un hecho delictivo, lo que implica que en ocasiones sea necesario privarle temporalmente de la libertad al procesado.

Para efectos prácticos, en este apartado se abordarán los peligros procesales desde el desarrollo de los siguientes conceptos: i) peligro de fuga; y, ii) Obstaculización de la investigación o destrucción de los medios de prueba.

Peligro de fuga: la prisión preventiva, como se indicó, es una herramienta que dota de intermediación al proceso penal, sin embargo su aplicación en un Estado democrático es reglado, prudente y lejano de arbitrariedades. Debe responder a los estándares de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad, que serán motivo de análisis en este estudio posteriormente.

El proceso penal busca llegar a la verdad, en ejercicio de los derechos de la víctima al acceso a la justicia y tutela judicial efectiva. El riesgo de fuga del procesado es directamente proporcional al riesgo en la consecución del proceso y el conocimiento de la verdad de los hechos. El sistema procesal ecuatoriano, al igual que varios sistemas procesales de tipo acusatorio, impiden el juzgamiento del procesado en ausencia, por el contrario, en caso de que el procesado fugue, el proceso penal se suspende hasta que la fuerza pública le localice y ponga a órdenes de la justicia; o que el procesado se presente voluntariamente, situación que es atípica. En ese mismo sentido Julio Maier afirma “nuestro Derecho procesal penal no tolera la persecución penal de un ausente; esta es la razón principal por la que se autoriza la privación de libertad del imputado durante el procedimiento.”¹⁴

De ahí que el peligro o riesgo de fuga, es una de las condicionantes legales y legítimas que pueden constituir una razón de peso a la hora de privar

de la libertad a una persona, siempre que concurren otras circunstancias. Para ello es necesario que el riesgo sea real, es decir no se debe limitar a la sola idea del operador de justicia de

¹⁴ Julio Maier, Derecho procesal penal. Tomo I: fundamentos. Buenos Aires, editorial del Puerto, 2004, p. 515

que existe tal, por ello en las resoluciones en donde se dicte prisión preventiva el juzgador deberá de determinar las condiciones fácticas que le llevan a la certeza de que el procesado fugará y con ello pondrá en peligro al proceso.

En relación al peligro de fuga, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos CIDH en su *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas* indicó:

En el caso *Usón Ramírez v. Venezuela*, también relativo al riesgo de fuga como causal de procedencia de la prisión preventiva, la Comisión hizo énfasis en que corresponde al tribunal acreditar la existencia de los elementos constitutivos de esta causal mediante “argumentos razonables”; no pudiendo limitarse a invocarla o a mencionar las normas en las que dicha causal está establecida. En este caso, si bien no operó una presunción legal respecto del riesgo de fuga, el tribunal de la causa consideró que la eventual condena hacía considerar que el acusado trataría de evadir la justicia, sin acreditar en ningún momento este extremo, ni la necesidad y proporcionalidad de la detención preventiva. En razón a estas consideraciones la CIDH consideró que el encarcelamiento de la víctima fue arbitrario y violó el derecho a la presunción de inocencia.

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 relevantes, pero no son decisivos en sí mismos, en ausencia de otros elementos el eventual riesgo puede ser mitigado por medio de otras garantías.¹⁵

Tal como queda dicho, el riesgo de fuga no se satisface únicamente con ser mencionado, deben acreditarse circunstancias que en efecto pongan en evidencia que sucederá, los ejemplos más relevantes están en los esfuerzos que hizo el aparato estatal para dar con el paradero del procesado; los intentos de evadir la justicia durante la etapa investigativa; su falta de colaboración con la justicia y que es evidente que una sentencia con una pena larga es inminente debido a los elementos investigativos de peso que existen en su contra.

Lo anterior además se complementa con otras circunstancias que lleven al convencimiento del juez de que el éxito de la investigación corre peligro, este es el caso del siguiente peligro procesal, conforme se procede a explicar.

Obstaculización de la investigación o destrucción de los medios de prueba: se constituye en un peligro procesal en la medida de que el

procesado obstruya la investigación, a través de ocultar, destruir o distraer los medios de prueba; así como amedrentar testigos, coprocesados o corromper personas a fin de

¹⁵Comisión Interamericana sobre Derechos Humanos, Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 30 de diciembre de 2013.

obtener un testimonio favorable -falso- a su favor. Este elemento ha sido también desarrollado por la Corte IDH y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, situándole como un punto de análisis a la hora de dictar una medida de aseguramiento. Tal es el caso del funcionario público acusado de corrupción, sobre cuyo dominio se encuentran los documentos y archivos que probarían su accionar ilegal y la posibilidad que tiene de ocultarles, distraerles o destruirles.

La obstaculización de una investigación eficiente fue materia de discusión en el VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, al establecer en el párrafo 2.b lo siguiente: “solo se ordenará la prisión preventiva cuando existan razones fundadas para creer que las personas que se trata han participado en la comisión de un presunto delito y se teme que intentarán sustraerse o que cometerán otros delitos graves, o exista el peligro de que se entorpezca seriamente la administración de justicia si se las deja en libertad.”¹⁶

En oposición a lo mencionado, Alberto Binder indica que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un fundamento para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Es difícil creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia.”¹⁷

Ahora bien, este peligro procesal no implica que el encarcelamiento facilitará la investigación, pues la fiscalía debe hacer su labor investigativa, tomando en consideración que sobre ella recae la carga probatoria; y que por el contrario, el procesado tiene el derecho a permanecer en silencio, a diseñar su estrategia de defensa y a prestar colaboración, en la medida que sea leal con el proceso.

El peligro procesal de obstaculización de la investigación, tal como se indicó con el de riesgo de fuga, debe ser concreto, real y tangible, es decir alejado de apreciaciones subjetivas y abstractas. Para ello ciertos elementos objetivos ayudan al juzgador a tomar una decisión acertada, una de ellas es el comportamiento hostil que tenga el procesado en la investigación con relación a los testigos, peritos, coprocesados u otras personas que pueden

aportar en la investigación. En lo que se refiere al comportamiento procesal, un indicador objetivo tiene relación con el abuso del derecho en la interposición de recursos abiertamente infundados, falta de

¹⁶San Martín Castro. Derecho procesal penal. Vol. II. 2da.edición, Grijley, Lima, 2003. p. 1116

¹⁷Binder Alberto. Introducción al Derecho Procesal Penal. Ad hoc, Buenos Aires, 1993, p. 199.

colaboración en diligencias de carácter investigativo o demás actos que denoten deslealtad procesal.

En este sentido Jorge A. Pérez López, en su ensayo El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva se refiere a la obstaculización de la prueba de la siguiente manera:

El peligro de obstaculización, viene a comprender la actividad del imputado referida a ocultar pruebas de relevancia para la investigación, trasladándolas a diferente lugar, pretendiendo comprar testimonios, o cuando se amenaza a los testigos o coimputados por las sindicaciones realizadas por éstos en la investigación, así como cuando se realiza una concreta defensa obstruccionista, destinada a dilatar los plazos procesales, o también evitando la conservación de las pruebas, en el caso de que el imputado mismo sea una fuente de la misma, vía intervenciones corporales y otras medidas de semejante naturaleza. En este caso, el imputado es portador de elementos de prueba importantes para acreditar la imputación delictiva, un ejemplo de éste criterio es el caso del administrador de una empresa, involucrado en un delito fiscal, que destruya u oculte los libros contables que reflejan el estado financiero de la persona jurídica¹⁸.

Concluyendo, está claro que de existir certezas por parte del administrador de justicia para creer que el procesado intentará por varios medios buscar impunidad a través de prácticas obstruccionistas o extorsionadoras, y si a lo anterior se suma una intención de evadir la justicia; una de las medidas que puede adoptar, a fin de garantizar el éxito del proceso penal será la privación de libertad cautelar. Finalmente tal como se dejó indicado al inicio de este apartado, estos peligros procesales –riesgo de fuga y obstaculización de la justicia- también fueron recogidos en la jurisprudencia de la Corte IDH, en el caso contencioso Palamara Vs. Chile, en donde se indica:

El Estado puede ordenar prisión preventiva cuando se cumplan con los requisitos *necesarios* para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de una persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá las acciones de la justicia.¹⁹

¹⁸ Jorge A. Pérez López, El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. Lima, 2014, p. 22

¹⁹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palamara Vs. Chile, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 22 de noviembre de 2005.

1.1.2. La prisión preventiva como herramienta para alcanzar eficacia procesal.

La eficacia como se indicó, está estrechamente ligada con la tutela judicial efectiva, desde la perspectiva que permite obtener resultados tangibles en un pleito que ha sido sometido a la administración de justicia. La eficacia como un principio procesal lleva a contestar la siguiente interrogante: ¿qué se espera del proceso judicial? Sin duda que solucione las disputas llevadas a conocimiento de la administración de justicia a fin de garantizar la paz social. Una de las características básicas de un Estado democrático es que los conflictos, incluidas las infracciones relacionadas con los delitos más execrables, se resuelvan a través de la administración de justicia.

En lo que respecta a la prisión preventiva relacionada con la eficacia del proceso penal, debe quedar claro que su finalidad está ligada a asegurar la comparecencia del procesado al juicio, un eventual juzgamiento y el cumplimiento de la pena en caso de ser encontrado culpable²⁰.

Vistos los peligros procesales a los que se puede ver avocada la administración de justicia y las víctimas del proceso penal, la prisión preventiva es una medida de aseguramiento que bajo determinadas circunstancias permite su consecución hasta el momento en donde se tome una decisión definitiva, es decir, hasta que se llegue a conocer la verdad. Se ha indicado en innumeradas ocasiones que el proceso penal debe sustanciarse sobre la base del principio de inmediación, esto es que el juzgador celebre las audiencias en conjunto con los sujetos procesales, lo cual en casos insólitos se logra a través de la prisión preventiva, sin embargo, esta inmediación no se garantiza únicamente a través del encarcelamiento, afirmarlo sería una generalización injustificada y equivaldría a desprestigiar la presunción de inocencia, sin embargo en casos puntuales, excepcionales, necesarios y proporcionales, su aplicación permite superar obstáculos traumáticos hasta alcanzar el final del proceso.

Los peligros procesales, de materializarse, sin duda perjudican el derecho de tutela judicial efectiva, frente a estos riesgos del proceso penal (riesgo de fuga y obstaculización de la investigación), la prisión preventiva es una herramienta que en casos excepcionales coadyuva a desarrollar un proceso penal fluido, sin que medie ninguna circunstancia que lo obstaculice.

Debe quedar claro que la prisión preventiva

²⁰Constitución de la República del Ecuador, [2008], tit. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77.1 [Quito]: Asamblea Nacional

es una medida que cuestiona a la presunción de inocencia, de ahí que su aplicación *racional, justificada y necesaria*, no debe ir en desmedro de los derechos del procesado, pues su aplicación debe responder sine qua non a vínculos de orden Convencional –de derechos humanos-, Constitucional y legal, donde existe la certeza que dictar prisión preventiva resulta necesario, proporcional y es excepcional.

En conclusión, la detención preventiva es una herramienta extrema del proceso penal la cual debe aplicarse de manera insólita, como último recurso, es decir excepcionalmente frente a las otras posibilidades que tiene el aparato judicial. Aquellos casos en donde se dictó la prisión preventiva deben haber pasado por un test de razonamiento, que entre otras cosas tenga la certeza que el no haber dictado la medida de aseguramiento constituía una posibilidad real de frustrar irremediablemente un proceso penal. Es así como en estos casos, que no son la mayoría, la prisión preventiva actúa como una institución que dota de eficacia al proceso penal, coadyuva a que el Estado garantice una tutela judicial efectiva y sirve de antídoto a los peligros de fuga ya explicados.

1.2.Tensiones entre la presunción de inocencia, el derecho a la libertad y la prisión preventiva en garantía de la eficacia procesal penal.

Para el mejor comprender de este apartado, es importante transparentar al menos tres puntos que pueden sobresalir a la hora de confrontar el derecho a la libertad, la presunción de inocencia y la prisión preventiva. Primero: ¿es la prisión preventiva inconstitucional? En términos genéricos se puede afirmar que no. En el caso ecuatoriano la prisión preventiva es reconocida por la Constitución de la República, en tanto que la Carta Fundamental le da vida e instrumenta a la misma²¹ -regula su aplicación-, este solo hecho viene a contrarrestar las teorías que sostienen que esta medida de aseguramiento es inconstitucional. A lo anterior hay que agregar que los instrumentos sobre derechos humanos también reconocen y reglamentan a la prisión preventiva.

²¹ Constitución de la República del Ecuador, [2008], tlt. II, “Derechos”, cap. octavo, “Derechos de Protección”, art. 77. [Quito]: Asamblea Nacional
En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona,

se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.

Segundo, ¿Es la prisión preventiva una institución restrictiva de los derechos de los presuntos inocentes y el derecho a la libertad? Es criterio del autor que sí; más en casos excepcionales su uso es legítimo para salvaguardar la eficacia del proceso penal, al asegurar la inmediación del procesado cuando su privación de libertad es necesaria, siempre que su uso sea proporcional²². Debe recordarse que de por medio están los derechos de la víctima, donde uno de los instrumentos procesales existentes para dotar de eficacia al proceso penal es la prisión preventiva.

Tercero, ¿Cuándo entra en tensión el derecho a la presunción de inocencia y libertad con la institución de prisión preventiva? Como se indicó la prisión preventiva per sé, no es ilegal, al contrario es una medida de aseguramiento del derecho penal. Lo que es contrario al principio de inocencia y violatorio del derecho de libertad, es el uso irracional y arbitrario de la misma, que le distorsiona al punto de convertirle en una pena anticipada sin juicio. Su uso es irracional y desmedido cuando su aplicación es al margen de los requisitos convencionales, constitucionales y legales. Tanto se ha discutido respecto de la aplicación de esta medida de aseguramiento que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha emitido estándares mínimos para su uso a través de su jurisprudencia vinculante²³, identificando justamente casos en donde los Estados aportándose de toda racionalidad, han violentado el derecho a la presunción de inocencia y libertad.²⁴

La aclaración de estos tres puntos, nos lleva a realizar las siguientes reflexiones: **a)** el derecho a la libertad y presunción de inocencia no son absolutos, en tanto que pueden *limitarse* a través de la prisión preventiva, sin que implique la violación de los mismos²⁵; **b)** la prisión preventiva es una institución reglada por la Constitución ecuatoriana, varios instrumentos sobre derechos humanos y la ley penal; **c)** la prisión preventiva se activa de manera excepcional cuando confluyen circunstancias de orden fáctico y jurídico, que hacen necesaria y proporcional su aplicación a fin de dotar de eficacia al proceso penal; **d)** no todo proceso penal se reviste de eficacia por el solo hecho de tener privado de libertad al procesado, sin

²² Los conceptos de necesidad, proporcionalidad y excepcionalidad se desarrollaran en los términos que la Corte IDH, los ha plasmado en su jurisprudencia, situación que se detalla en el punto 1.3. de este estudio.

²³ *Ibíd*em

²⁴ El Ecuador ha sido observado por la Corte IDH por no respetar el derecho a la libertad en los casos: *Acosta Calderón Vs. Ecuador*; *Tibi Vs. Ecuador*; *Suarez Rosero Vs. Ecuador*, por nombrar algunos. Estos casos tienen su similitud en el irrespeto del estado ecuatoriano a los preceptos de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

²⁵ Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), art. 7.5

embargo existen casos en donde el no dictar prisión preventiva puede resultar gravoso para la consecución de la causa y el derecho de las víctimas²⁶; e) la prisión preventiva debe analizarse desde el punto de vista de en cada caso en concreto, incluso si hay varios procesados en una misma causa, no existe una receta con efectos generales para todos los casos, sino lineamientos generales.

Para solventar esta tensión de valores en juego y garantizar derechos, la ley regula requisitos expresos para el legítimo uso de la privación de la libertad provisional. En el caso ecuatoriano la finalidad y requisitos se establecen en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP²⁷ son las salvaguardias que se han establecido para limitar el uso de esta figura procesal a una finalidad cautelar y evitar que mute a una pena.

1.3. Aproximación a la prisión preventiva en el Ecuador y sus estándares en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

En el Ecuador la prisión preventiva tiene soporte normativo en al menos los siguientes niveles: i) el constitucional²⁸; ii) el dispuesto en instrumentos internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁹; y, iii) el legal³⁰.

A nivel constitucional, el Ecuador prevé la existencia de la prisión preventiva en el artículo 77.1, la cual tiene como finalidad asegurar la comparecencia del procesado al proceso y el cumplimiento de una eventual pena, en otras palabras

²⁶COIP, art.610.

²⁷ COIP, art. 534. **Finalidad y requisitos.**- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción.
3. Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión

preventiva para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena.

4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad.

²⁸ Constitución de la República del Ecuador (2008), Registro Oficial, Capítulo VIII “De los Derechos de Protección”, artículo 77.1.

²⁹ La Convención Americana sobre Derechos Humanos y Sentencias de la Corte IDH prevén la existencia de la prisión preventiva de manera reglada.

³⁰ *COIP, Registro Oficial, Suplemento*, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 534.

reconoce a la prisión preventiva como una medida cautelar que permite la intermediación procesal a fin de asegurar un proceso eficaz.

La Corte IDH, ha dictado jurisprudencia vinculante en donde ha establecido estándares mínimos a cumplir por los Estados para la reglamentación y aplicación de la prisión preventiva. A nivel interamericano se ha catalogado a la prisión preventiva como *excepcional*, siendo esta una categoría altamente garantista. Adicionalmente a lo anterior, hay dos parámetros adicionales que la Corte IDH ha establecido de obligatorio cumplimiento para los Estados, estos son los estándares de: *necesidad y la proporcionalidad*, lo que se explicará en los párrafos subsiguientes.

El COIP, en su artículo 534, establece la finalidad y requisitos de la prisión preventiva, la finalidad a la que se refiere este cuerpo normativo, se compadece con la disposición constitucional indicada en líneas anteriores – intermediación y garantizar el cumplimiento de una eventual pena-, mientras que en los requisitos para que se pueda dictar prisión preventiva, se desarrollan los conceptos de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, a los que se refiere la Corte IDH. A fin de tener una noción de los estándares antes mencionados, explicaré los mismos a la luz de casos concretos que han generado jurisprudencia de la Corte IDH.

- **Criterio de excepcionalidad de la prisión preventiva**

Con relación a la *excepcionalidad* de la prisión preventiva, el caso *Tibi Vs. Ecuador* nos da pautas para entender qué implica que la prisión preventiva tenga el carácter de excepcional. El indicado organismo jurisdiccional interamericano en el presente caso dispuso:

La Corte considera indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.³¹

¿Qué implica que la prisión preventiva sea excepcional? Es una exigencia de aplicación de la prisión preventiva en el último de los casos – ultima ratio-. En otras palabras, cuando el Estado tiene la necesidad de

cautelar a una persona a fin de garantizar la inmediación en el proceso penal,
los administradores de justicia tienen

³¹Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Tibi Vs. Ecuador,
Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 02 de septiembre de
2004.

múltiples opciones que pueden ser adoptadas de manera preferente a la privación de libertad, bien sean de forma autónoma o concurrente.

En el caso ecuatoriano la Constitución de la República del 2008 en su artículo 77.1 estableció como una de las garantías básicas a las personas sometidas a un proceso penal la aplicación de la privación de la libertad con carácter de excepcional, relacionándole con la necesidad de que el procesado comparezca al proceso o cumpla una eventual pena.

Sin embargo de lo anterior, mediante referéndum y consulta popular de 07 de mayo de 2011, se consultó a los ecuatorianos si estaban de acuerdo que en el indicado artículo constitucional -77, numeral 1)- se sustituya la frase: *“la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente”* por *“la privación de la libertad no será la regla general”* ante lo cual la mayoría del electorado estuvo de acuerdo con la reforma.

La consecuencia de la reforma constitucional indicada, fue expulsar del ordenamiento constitucional la categoría de excepcional a la prisión preventiva que se establecía en la Constitución. En su lugar se incorporó una frase abstracta que se aleja del concepto de excepcionalidad en términos jurisprudenciales y doctrinarios, y se enmarca a que exista una posibilidad de dictar prisión preventiva, pero no en todos los casos.

Sin perjuicio de lo anterior, el desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, coloca a la prisión preventiva dentro de un estándar de excepción, como así lo desarrolló la sentencia en el caso *Tibi Vs Ecuador*, lo cual favorece a las personas que se encuentren atravesando un proceso penal, pues garantiza su derecho a defenderse en libertad. Así mismo, de acuerdo al último inciso del artículo 424 de la Constitución de la República, los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público. Es así que en cumplimiento a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que crea a la Corte IDH y establece la obligatoriedad de sus resoluciones hacia los Estados miembros, además de la cláusula de remisión que encontramos en la Constitución ecuatoriana, lleva a considerar al autor de este estudio que pese a la reforma de 07 de mayo de 2011, la prisión preventiva para el accionar de los

operadores de justicia ecuatorianos, continúa siendo excepcional.

En la legislación ecuatoriana, el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal, en concordancia con el estándar de excepcionalidad, establece diversas medidas cautelares distintas a la prisión preventiva –las cuales deben aplicarse de manera prioritaria conforme indica la disposición legal-, entonces, lo excepcional se fundamenta en que las otras medidas cautelares a las que se refiere el artículo en mención -prohibición de ausentarse del país, obligación de presentarse periódicamente ante cierta autoridad, arresto domiciliario, uso de un dispositivo electrónico, entre otras-³², sean escogidas de manera preferente a la privación de libertad. La *excepción* a la regla general será la prisión preventiva, por lo que se debe demostrar que las otras medidas no privativas de libertad, son insuficientes para garantizar la inmediación procesal.

En palabras sencillas, la excepcionalidad significa que la prisión preventiva se dictará en el último de los casos, cuando no exista otra opción posible que asegure la comparecencia del procesado al juicio, lo cual debe estar fundamentado por los operadores de justicia que la solicitan y disponen, respectivamente, su incumplimiento constituye una detención arbitraria a la luz de las disposiciones internacionales.

En adición a este estándar, el cual no es el único que debe observarse a la hora de dictar prisión preventiva, se deben cumplir los estándares de *necesidad y proporcionalidad* de la prisión preventiva, los cuales como se indicó anteriormente, también fueron desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH, y hoy son estándares de cumplimiento obligatorio para los países miembros, incluidos el Ecuador.

- **Criterio de necesidad de la prisión preventiva**

El estándar de *necesidad* pretende revestir de eficaz a un proceso judicial penal, es decir, la *necesidad de cautela* de la persona procesada adquiere trascendencia para efectos del normal desarrollo del proceso judicial -inmediación-, pues en muchos casos incluido el ecuatoriano, hay un momento procesal determinado en el que es indispensable la comparecencia personal del procesado al proceso, bajo el riesgo de que el proceso penal se suspenda de manera indefinida hasta que el procesado comparezca de

manera voluntaria –*situación atípica*- o la

³²COIP, art. 522

fuerza pública lo capture y ponga a órdenes de los juzgadores, hasta este evento puede pasar mucho tiempo.

La necesidad de cautela por otro lado, tiene como finalidad *preservar* los elementos de prueba para demostrar el delito investigado, y así evitar que la persona procesada los destruya o desaparezca, siempre que se demuestre que aquella situación fáctica es posible, lo que dependerá del dominio que tenga el procesado sobre los elementos probatorios. En iguales términos se considera como necesario si el procesado puede intimidar a la víctima o testigos, a fin de obtener su silencio y con ello impunidad.

En lo que se refiere al concepto de necesidad, la Corte IDH, el caso *Palabara Iribarne contra el Estado Chileno*³³ se pronunció en los siguientes términos:

En ocasiones excepcionales, el Estado puede ordenar la prisión preventiva cuando se cumpla con los requisitos necesarios para restringir el derecho a la libertad personal, existan indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la culpabilidad de la persona sometida a un proceso y que sea estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite la existencia, en el caso concreto, de los referidos requisitos exigidos por la Convención.³⁴

indicó:

En el mismo sentido la Corte IDH, en el caso *Acosta Calderón Vs. Ecuador*³⁵

Esta Corte ha señalado que el principio de presunción de inocencia constituye un fundamento de las garantías judiciales. De lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludiré la acción de la justicia. En este sentido, la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Este concepto figura en múltiples instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos. El Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos dispone que la prisión preventiva de los procesados no debe constituir la regla general (artículo 9.3). Se incurriría en una violación a la Convención al privar de libertad, por un plazo

desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho universalmente reconocidos³⁶.

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Palabara Iribarne Vs. Chile, Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 22 de noviembre de 2005.

³⁴Ibíd.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Acosta Calderón Vs Ecuador. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 24 de junio de 2005.

³⁶Ibíd.

El estándar de necesidad de la prisión preventiva tiene las siguientes finalidades a) Que existan elementos que permitan suponer la responsabilidad del procesado –elemento material- y que servirá para que el procesado no eluda la acción de la justicia³⁷; b) Que la prisión preventiva sea necesaria para asegurar que el procesado no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, incluyendo la intimidación de testigos. El literal a) fue recogido por el COIP como requisito de la prisión preventiva, es decir que existan elementos suficientes de responsabilidad en contra del procesado y sea necesaria su cautela para asegurar su comparecencia al proceso. En lo que se refiere al literal b), es decir que el procesado no impedirá el desarrollo de las investigaciones o intimidará a los testigos, no es un requisito expreso de procedencia de la prisión preventiva en los términos a los que se refiere el artículo 534 del COIP, sin embargo consta como una de las finalidades de las medidas cautelares, la cual se recoge en artículo 519, numeral primero de la legislación penal ecuatoriana.

- **Criterio de proporcionalidad de la prisión preventiva**

El criterio de *proporcionalidad* de la prisión preventiva como estándar internacional fijado por la Corte IDH, presupone que la medida cautelar restrictiva de la libertad no resulte más gravosa que la pena que le correspondería al procesado en caso de ser encontrado culpable.

Existen varias dimensiones de la proporcionalidad de la prisión preventiva, la primera tiene relación con lo indicado en líneas anteriores, es decir que la prisión preventiva no sea aplicada en aquellos casos en donde la condena no implica restricción de libertad cuando el delito investigado prevea suspensión de la misma; por otro lado, evitar que la medida cautelar represente en sí mismo un castigo³⁸, esto último en conexión con penas de corta duración, así como el trato que se le da al cautelado en los centros de privación de libertad.

La exigencia a los Estados de separar la población penitenciaria cautelada de la sentenciada, no es algo formal sino de fondo, pues en el primer caso se trata de

³⁷ Es importante indicar que los criterios de necesidad, salvo el literal c), a los que se refiere la jurisprudencia de la Corte IDH, han sido recogidas por la legislación penal ecuatoriana, tanto la recientemente derogada –Código de Procedimiento Penal-, como la actual –Código Orgánico Integral Penal-.

³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Oscar Barreto contra Estado Venezolano. Fondo,

personas consideradas inocentes y con un proceso penal en curso, mientras que el último se refiere a personas respecto de quien se desvaneció su presunción de inocencia y la función del Estado es rehabilitarles y reinsertarles a la sociedad. En este contexto el ex Presidente de la Corte IDH, Juez Sergio García Ramírez ha mencionado:

La prisión preventiva [...] es la más severa de las medidas cautelares que hasta hoy conserva el enjuiciamiento penal, en tanto entraña una restricción profunda de la libertad, con muy importantes consecuencias. Solemos afirmar que la prisión preventiva no es una verdadera sanción; no constituye una medida punitiva, sino apenas precautoria y efímera. Técnicamente, es cierto. Sin embargo, considerado este fenómeno de cara a la realidad –aunque ésta tropiece con el tecnicismo– la prisión preventiva no difiere en nada, salvo en el nombre, de la prisión punitiva: ambas son privación de libertad, se desarrollan (a menudo) en pésimas condiciones, causan al sujeto y a quienes le rodean un severo gravamen material y psíquico, y traen consigo repercusiones de largo alcance, a veces devastadoras. [...] Por ello, entre otras cosas, es preciso ponderar seriamente la justificación, las características, la duración y las alternativas de la prisión preventiva.³⁹

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del caso Omar Barreto Vs Estado Venezolano, ha definido la proporcionalidad en los siguientes términos:

La prisión preventiva se halla limitada por el principio de proporcionalidad (...) en virtud del cual una persona considerada inocente no debe recibir igual o peor trato que una persona condenada. El Estado debe evitar que la medida de coerción procesal sea igual o más gravosa para el imputado que la pena que se espera en el caso de condena. Esto quiere decir que no se debe autorizar la privación cautelar de la libertad, en supuestos en los que no sería posible aplicar la pena de prisión, y que aquella debe cesar cuando se ha excedido la duración razonable de dicha medida. El principio de proporcionalidad implica, además, una relación razonable entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen de tal restricción.⁴⁰

El estándar de proporcionalidad de la prisión preventiva desarrollado en las sentencias de la Corte IDH, permite que los administradores de justicia de los Estados partes tengan parámetros de congruencia entre la restricción de libertad *cautelar* y el cumplimiento de la pena. En lo general este estándar

permite que los Estados configuren su legislación interna conforme a este precepto; mientras que en

³⁹ Corte IDH. Caso López Álvarez Vs. Honduras. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, voto razonado del Juez Sergio García Ramírez.

⁴⁰Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Oscar Barreto contra Estado Venezolano. Fondo,

lo específico permite valorar si existe proporcionalidad en cada caso a la hora de dictar prisión preventiva.

Es importante recordar que la prisión preventiva es una medida cautelar, es decir un medio y no un fin en sí misma. La proporcionalidad, como estándar, evita que la medida cautelar restrictiva de libertad se convierta en una pena anticipada o una detención arbitraria, pues pondera la necesidad de su aplicación en la medida en que sea considerada apropiada.

Los criterios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad se pueden resumir del contenido de la sentencia dentro del caso Argüelles y otros Vs. Argentina, tal como se indica a continuación:

Para que la medida privativa de la libertad no se torne arbitraria debe cumplir con los siguientes parámetros: **i)** que su finalidad sea compatible con la Convención, como lo es asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia (*necesidad*); **ii)** que sean idóneas para cumplir con el fin perseguido; **iii)** que sean necesarias, es decir, absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido (*excepcionalidad*); **iv)** que sean estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida (*proporcionalidad*). 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, violatoria del artículo 7.3 de la Convención⁴¹.

Finalmente los tres preceptos indicados –excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad- no solamente constituyen un mandato de cumplimiento obligatorio para los Estados en donde la Corte IDH ejerce jurisdicción, sino también deben acoplar su legislación interna en función de los mismos. En el Ecuador tanto la Constitución de la República del Ecuador, como la legislación integral penal -COIP-, prevén la existencia de la prisión preventiva, así como regulan su aplicación dentro de supuestos jurídicos previamente establecidos conforme se indica a continuación.

1.4. La prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano.

En el COIP la prisión preventiva es una medida cautelar de orden personal, con dos finalidades: **a)** la comparecencia del procesado al proceso

–finalidad vinculada con la *necesidad de cautela*–; y, **b)** el cumplimiento de la pena. Para ello

⁴¹ Corte IDH. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 20 de noviembre de 2014.

existen cuatro requisitos de cumplimiento obligatorio que se encuentran detallados en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal ecuatoriano, los mismos que se transcribe a efectos de realizar el examen de cumplimiento de esta norma con los estándares de la Corte IDH:

Artículo 534.- Finalidad y requisitos.- Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o al juzgador de manera fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

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

Del artículo transcrito, lo primero que salta a la vista es que la disposición legal se divide en dos partes: la primera se refiere a las finalidades de la prisión preventiva, mientras que a continuación se procede a enumerar los requisitos que se deben de cumplir de manera *concurrente* –coexistencia de todos los requisitos de manera simultánea- para que proceda la medida cautelar de restricción de libertad.

Respecto de la finalidad de la prisión preventiva, concebida como se encuentra en la norma legal transcrita, da cuentas que estamos frente a una medida cautelar -más no a una pena- pues ésta persigue que el procesado comparezca al proceso y el eventual cumplimiento de la pena, lo anterior es congruente con el estándar de *necesidad de cautela* al que se refiere la Corte IDH.⁴²

El primer requisito prevé que se debe estar frente a un delito de ejercicio de acción pública, es decir un delito en donde exista un interés social que deba ser investigado y sancionado. El COIP prevé dos tipos de ejercicio de acción: la privada y la pública⁴³, así como la existencia de contravenciones. Indicado lo anterior, la prisión preventiva solo se podrá dictar en aquellos casos en donde el ejercicio de la

⁴² Como se dejó indicado la necesidad de cautela se bifurca en dos líneas; la primera, consiste en asegurar la comparecencia del procesado al proceso; la segunda, guarda relación con evitar que el procesado destruya, oculte o mutile elementos de prueba. En el caso de la norma legal ecuatoriana, se recoge únicamente el primer aspecto del estándar de necesidad, esto es asegurar que el procesado acuda al proceso, añadiendo la legislación el cumplimiento de la pena.

⁴³ COIP, Art. 410.

acción penal sea pública, existiendo una prohibición normativa expresa para dictar prisión preventiva en casos de acción privada y contravenciones.⁴⁴

El segundo requisito, es relevante en tanto que es una exigencia y vinculación preliminar de que la persona procesada tenga relación con el delito que se investiga, pues mal podría dictarse prisión preventiva, bajo prevenciones de que sea una detención arbitraria, a una persona respecto de quien no existen elementos de convicción –más de uno- de que es autor o cómplice del delito que se le imputa. En este sentido este elemento para que se pueda dictar prisión preventiva o subsista una vez dictada, es un requisito sine qua non; respecto del último punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado: “no obstante, la sola sospecha resulta insuficiente para justificar la continuación de la privación de libertad. Los magistrados actuantes deben producir otros elementos adicionales para otórgale validez una vez transcurrido un tiempo.”⁴⁵

El tercer requisito tiene relación con la aplicación de la prisión preventiva de manera necesaria y excepcional. Pues una vez que se han verificado el cumplimiento de los dos requisitos anteriores, tanto fiscal como juez deben tomar una decisión de manera fundamentada que asegure: 3.1) que las medidas no privativas de libertad son insuficientes; 3.2) que es necesario dictar la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado al juicio y el cumplimiento -eventual- de la pena. Para este último requisito la praxis judicial en el Ecuador ha llevado a que los operadores de justicia realicen análisis que evalúan varios elementos de la necesidad de cautela, situaciones que se analizarán posteriormente.

Finalmente el cuarto requisito está encaminado a que la prisión preventiva no pueda dictarse para aquellos delitos que son sancionados con penas no privativas de libertad o de penas cortas –menores a un año-, a fin de precautelar que la prisión preventiva no sea más gravosa que la pena en sí misma, lo que en términos de la jurisprudencia de la Corte IDH se denomina estándar de *proporcionalidad* de la prisión preventiva.

Bajo el punto de vista personal, la norma penal ecuatoriana -COIP- fue redactada cuidando los estándares de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, a los que se refiere la Corte IDH, lo anterior nos lleva a afirmar que la legislación ecuatoriana ha realizado

esfuerzos normativos a fin de

⁴⁴ COIP, Art. 539.

⁴⁵ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, informe 2/97 de 11 de marzo de 1997.

reglar esta medida cautelar, poniendo hitos normativos que eviten su discrecionalidad.

1.5. Arraigo social: vínculos familiares, laborales o con la comunidad

Es una garantía de cumplimiento de una obligación, pueden materializarse a través de la caución o fianza, éstas tienen relación con las medidas cautelares de orden real que no restringen o limitan el derecho a la libertad o de circular libremente por el territorio. En materia penal, el arraigo que presenta el procesado son todas las razones que tiene para no evadir la acción de la justicia, distraer la investigación y que desincentivan a los peligro procesales. La praxis judicial se habla de varios tipos de arraigo, en los que se destacan el laboral; los lazos familiares que tiene el procesado; así como los vínculos con la comunidad, los cuáles hacen menos probable que se abstraiga de la justicia.

Para ello la normativa ecuatoriana ha desplegado varias opciones alternativas a la prisión preventiva, cuyas finalidades, reglas generales y detalle constan de los artículos 519 a 522 del Código Orgánico Integral Penal. En lo que se refiere a las medidas cautelares no privativas de libertad, se encuentra el impedimento de salir del país, así como la presentación periódica ante una autoridad judicial, las cuáles pueden ser aplicadas de manera conjunta y tienen la misma finalidad, dotar de inmediatez al proceso penal hasta que llegue a su conclusión. Si bien estas medidas no privan de la libertad al procesado, las limitan, es por ello que su aplicación debe responder a lo que dispone la el artículo 22.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, observando los parámetros de legalidad, proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad.

En lo que se refiere a la aplicación de medidas cautelares que restringen la libertad de las personas o la posibilidad de circular libremente por el territorio o incluso abandonar el país, la Corte IDH en el caso contencioso Ricardo Canese Vs. Paraguay ha indicado:

Al respecto, la Corte ha establecido que el derecho de circulación y residencia, incluido el derecho a salir del país, pueden ser objeto de restricciones, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22.3 y 30 de la Convención. No obstante, la Corte ha señalado que las medidas cautelares que afectan la libertad personal y el derecho de circulación del procesado tienen un carácter excepcional, ya que se encuentran limitadas por el derecho a la presunción de inocencia y los principios de necesidad y proporcionalidad. Asimismo, dichas medidas cautelares no pueden constituirse en un sustituto de la pena privativa de libertad ni cumplir los fines de la misma, lo cual puede suceder si se continúan aplicando cuando han dejado de existir los riesgos procesales que se buscan prevenir. De lo contrario, la aplicación de una medida cautelar que afecte la libertad personal y el derecho de circulación del procesado sería equivalente a anticipar una sanción con anterioridad a la emisión de la sentencia, lo cual contradice principios generales de derecho universalmente reconocidos.

Conforme quedó explicado anteriormente, en el apartado de los peligros procesales, el riesgo de fuga y la obstaculización de la investigación, pueden convertirse en razones que justifiquen la aplicación de la prisión preventiva. Sin embargo, en un proceso en donde existe igualdad de armas, la persona acusada puede refutar un supuesto riesgo de fuga, demostrando que existen más razones para comparecer al juicio y demostrar su inocencia, que huir de la justicia. Estas *mayores razones para quedarse* pueden tener distintas manifestaciones, por ejemplo: un fuerte vínculo con la familia y la comunidad; la sujeción a una carrera, profesión u ocupación que demande su presencia constante; a estas circunstancias de orden fáctico se las conoce como arraigo social, familiar y laboral.

Es de suma importancia dejar claro que estos arraigos no pretenden calificar el estilo de vida de la persona procesada y en función de aquello situarle en una situación más o menos privilegiada, a diferencia de aquello – que se considera una práctica disfuncional de los operadores de justicia-⁴⁶ es un ejercicio de contradicción que tiene el acusado frente a una posición en donde la parte acusadora señala un riesgo de fuga, lo que permitirá al juzgador tomar una decisión sobre la base de criterios objetivos.

⁴⁶En el capítulo 2 de este estudio se explicará ampliamente que se entiende por *prácticas disfuncionales*.

Dicho lo anterior, es importante contestar la siguiente interrogante: ¿una persona que no demuestra algún tipo de arraigo, tiene mayor riesgo de fuga? Es criterio del autor que no, pues como se indicó anteriormente el arraigo

social es la capacidad del procesado de demostrar vínculos familiares, sociales o laborales, que refutan la acusación fiscal respecto de un supuesto peligro procesal; mientras que el riesgo de fuga se materializa cuando es tangible y concreto –no abstracto-, pues, como se dejó indicado, la sola invocación de éste o de las normas en donde dicha causal está establecida no es suficiente, ya que deben existir argumentos razonables y concordantes como la fuerte carga probatoria que existe en contra del procesado, la expectativa de una condena inminente y prolongada, así como los esfuerzos que utilizó el aparato judicial para localizar al procesado para imputarle cargos.

Finalmente, al hablar de arraigo social se concluyen los siguientes puntos: i) el procesado al demostrar un vínculo familiar, con la comunidad o laboral -arraigo-, realiza un ejercicio de contradicción frente a una acusación fiscal de riesgo de fuga;

ii) no es obligación del procesado demostrar algún tipo de arraigo a fin de desvanecer argumentos en su contra de riesgo de fuga; iii) el riesgo de fuga, no se traduce en la ausencia de arraigos sociales, familiares o laborales del procesado; por el contrario, significan circunstancias concretas que dan certezas que el procesado eludirá a la justicia, en los términos que ha sido ampliamente desarrollada por la jurisprudencia de la Corte IDH y plasmadas en este trabajo.

Conclusiones y recomendaciones

La estructura de este apartado recoge los principales hallazgos de este estudio, es así que se divide en la conclusión general del estudio y las conclusiones específicas. A su vez las específicas responden a la estructura de los capítulos. Capítulo primero: conclusiones normativas, las cuales hacen referencia a la realidad normativa de la prisión preventiva en el Ecuador, analizada desde la perspectiva de los estándares interamericanos sobre derechos humanos. Capítulo Segundo: conclusiones funcionales, analizan el funcionamiento de casos procesados en flagrancia respecto a la decisión de dictar prisión preventiva, visto desde el referente anotado.

3.1. Conclusión general del estudio

El estudio demostró que en el Ecuador no existe un problema de normativa que regule la adecuada aplicación de la prisión preventiva, pues los estándares del sistema interamericano de derechos humanos desarrollados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte IDH, son recogidos en nuestra normativa interna, incluso ciertos parámetros a nivel constitucional. Las debilidades se centran en la aplicación que los actores judiciales hacen a la norma, se rebeló que existen incumplimientos de la Constitución y la ley que afectan a los parámetros internacionales mencionados.

3.2. Primer capítulo: Conclusiones normativas

El estudio deja en evidencia que la Convención Americana sobre Derechos Humanos constituye un instrumento internacional potente en nuestro ordenamiento jurídico local, pues el Ecuador mantiene un vínculo estrecho con las disposiciones convencionales, así como se somete a la jurisdicción que ejerce la Corte IDH y sus resoluciones que son de carácter vinculante.

El estudio demuestra que los postulados de varios instrumentos internacionales sobre derechos humanos, así como la jurisprudencia de la Corte IDH, se ven reflejados en la normativa jurídica ecuatoriana; en especial,

el vínculo generado entre los estándares desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos

Humanos y la Ley ecuatoriana. Un análisis comparativo de naturaleza jurídica permitió coincidir la coherencia en cada uno de estos elementos.

El análisis realizado en el primer capítulo de este estudio se comprueba que la finalidad de la prisión preventiva establecida por la Constitución ecuatoriana en el artículo 77.1 y el Código Orgánico Integral Penal en el artículo 534, es un reflejo de lo que establece la Convención Americana sobre Derechos Humanos en el artículo 7.5, en donde se condiciona la libertad de la persona a *garantías que aseguren su comparecencia en el juicio*.

De igual manera este estudio concluye que los estándares de proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH, se encuentran recogidos en el artículo 77, numerales 1); 5) y 9) de la *Constitución de la República del Ecuador*.

El análisis del primer capítulo deja comprobado que el estándar interamericano de proporcionalidad de la prisión preventiva, se encuentra recogido en el artículo 534, numerales 1); 2); 4) del Código Orgánico Integral Penal; en el mismo sentido el artículo 541, numerales 1) y 2) que regula tiempos máximos -6 meses y un año- que dura la prisión preventiva. Esto nos lleva a la conclusión que la normativa ecuatoriana garantiza que la prisión preventiva guarde criterios de proporcionalidad en los términos desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH. En relación al *estándar interamericano de necesidad*, este estudio dejó en evidencia que la legislación ecuatoriana regula a la medida de aseguramiento en similares términos que el desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana; es así que el fin de la prisión preventiva en el Ecuador es garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, por lo que se concluye que el estándar de necesidad de la prisión preventiva se ve reflejado en el numeral 3) del artículo 534 del COIP, en donde nuestra legislación limita la prisión preventiva a casos cuando resulta necesario para asegurar la comparecencia del procesado al juicio o el cumplimiento de la pena.

Respecto del estándar de excepcionalidad de la prisión preventiva, el análisis realizado durante el desarrollo del estudio, concluye que la

excepcionalidad de la prisión preventiva se encuentra recogida en el tercer requisito del Código Orgánico Integral Penal, mediante el cual es un requisito imperativo demostrar que las otras medidas no privativas de la libertad resultan insuficientes.

3.3.Segundo capítulo: Conclusiones funcionales

El estudio demuestra que la premisa de la cual se partió para analizar específicamente los casos tramitados en flagrancia se confirmó, debido a que el grueso del funcionamiento de la justicia penal y por tanto de la prisión preventiva se tramita a través de este procedimiento.

Quedó en evidencia, además, que 4 de cada 10 personas a quienes se les formuló cargos en su contra –año 2016- se les dictó prisión preventiva. Dato que generó dudas respecto de la excepcionalidad de prisión preventiva en el Ecuador y habla de un eventual abuso de esta figura.

Salió a relucir en el estudio que el 100% de los casos sometidos a análisis existió materialidad de la infracción y responsabilidad del procesado, es decir que existían elementos que hacían presumir que el caso sometido a procesamiento penal se trata de un delito de ejercicio público de la acción y su pena es mayor a un año, así como existían varios elementos de convicción de que la persona en contra de quien se dictó prisión preventiva, era autor o cómplice del delito imputado, lo cual lleva a la conclusión de que se cumplió el parámetro interamericano de *proporcionalidad*.

Quedó en evidencia en un análisis en concreto del estándar de proporcionalidad de la prisión preventiva que fue inobservado en al menos el 30% de los casos analizados. Pues la privación de libertad fue desproporcionada frente al hecho sometido a la administración de justicia, como es el caso de robos menores o consumo de drogas; incluso en varios casos existió la posibilidad de terminar el proceso penal a través de un mecanismo alternativo a la solución de conflictos, como la conciliación; sin embargo se prefirió utilizar el derecho penal y más aún, una medida de privación de libertad, alegando un supuesto riesgo de fuga.

El requisito de necesidad de cautela fue analizado de forma particular a través de los argumentos debatidos en audiencia, constatando lo siguiente: incentivo de fuga, se concluye que en el 0% de los casos existió un peligro de fuga del procesado; de igual manera en un 0% de los casos existieron actos anteriores que lleven al convencimiento de que el procesado no comparecerá a juicio a cumplir su pena; mientras que el 3.1% de los casos analizados el procesado demostró tener arraigo social. Pese a lo anterior, el estudio

comprueba que en el 96.9% de los casos - *analizados*- se dictó prisión preventiva, sin que la medida de aseguramiento fuera

necesaria. Esto evidencia el incumplimiento del estándar interamericano de necesidad por parte de los operadores de justicia que conocieron estos casos.

El estudio revela que en el 100% de los casos analizados, la prisión preventiva fue solicitada como la primera opción de las medidas cautelares, siendo aceptada en un 96.9% de los casos. Solamente en un caso (3.1%) ésta fue negada por el juez. Lo anterior evidencia que existe un accionar contrario de los operadores de justicia respecto del estándar interamericano de *excepcionalidad* de la prisión preventiva.

De igual manera, el estudio demostró que en el 100% de los casos analizados se discutió el arraigo social del procesado, y la falta de éste, llevó a que en el 96.9% de los casos se convierta en un determinante para que el Juez justifique la orden de prisión preventiva. Con esto se prueba que existe una práctica disfuncional de los operadores de justicia, quienes utilizan el argumento de falta de arraigo social en perjuicio del procesado.

Sin embargo de lo anterior, el análisis de los casos saca a relucir que los operadores de justicia no utilizaron otras prácticas disfuncionales como que el procesado es un *peligro para la sociedad* o el delito cometido ha causado *conmoción social*, para justificar la orden de prisión preventiva

La conclusión del estudio en términos globales prueba que de los casos sometidos a análisis, los parámetros de materialidad, responsabilidad y medianamente el de proporcionalidad son observados por los administradores de justicia a la hora de solicitar y dictar prisión preventiva, esto son los requisitos 1; 2; 4 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal; sin embargo, queda demostrado que existe un abierto incumplimiento a los estándares de necesidad y excepcionalidad de la prisión preventiva; además de tomar la falta de arraigo social como una práctica disfuncional recurrente, haciendo que el encarcelamiento preventivo dictado en esos casos, sean ilegales y arbitrarios, al margen de la ley y violando la Convención.

Finalmente el estudio reveló que en los casos sometidos a análisis no se cumple la finalidad de la prisión preventiva, la cual es actuar como una medida cautelar que dota de eficacia al proceso penal; por el contrario existió un abuso de la prisión preventiva, al igual que la normativa ecuatoriana y por su estrecha vinculación a la propia Convención Americana sobre Derechos

Humanos.

3.4. **Recomendaciones: Futuras líneas académicas de investigación**

De los hallazgos encontrados en esta investigación, tanto en lo normativo como en lo funcional, se recomienda el desarrollo de líneas de investigación a fin de que otros estudios puedan complementar al presente y proponer soluciones de carácter integral a la problemática que ha sido puesta en evidencia, concretamente se recomienda lo siguiente:

La principal recomendación de este estudio radica en profundizar y revelar aquellos factores funcionales de la justicia penal ecuatoriana que desincentivan una adecuada discusión de los estándares interamericanos necesidad y excepcionalidad de la prisión preventiva; concretamente el factor tiempo que media entre la aprehensión y calificación de flagrancia (24horas), pues este se puede llegar a convertir en una limitante de los operadores de justicia a la hora de decidir respecto de la aplicación de la prisión preventiva. Por ello se recomienda analizar alternativas distintas como las Unidades de Justicia Criminal del mundo anglosajón, en donde los operadores de justicia cuentan con un informe de riesgos del procesado, realizado a través de criterios objetivos, previo a decidir sobre la medida cautelar a aplicar.⁷⁴ En esa misma línea las personas a quienes se dicta una medida no privativa de la libertad, son sometidos a un seguimiento que permite conocer si el procesado está cumpliendo o no con la medida impuesta.

De la investigación surgen datos dramáticos que ponen en cuestionamiento la legalidad de las aprehensiones en supuesto delito flagrante por parte de los agentes del orden, se sugiere desarrollar una línea de investigación sobre aprehensiones y privaciones de libertad ilegales por parte de los agentes policiales.

Debido a la nula fundamentación de la prisión preventiva de los operadores de justicia, se plantea la hipótesis de que muchos de estos casos no van a terminar en condena y por lo tanto el uso de la prisión preventiva terminó siendo *innecesaria* y dañina a los derechos de libertad. Se recomienda hacer futuras investigaciones que permitan desarrollar alternativas eficientes al procesamiento penal y a la privación de la libertad.

⁷⁴ Los servicios de antelación al juicio del Distrito de Columbia de Estados Unidos de Norte América, es un programa que permite generar evaluaciones de riesgo de los procesados, con criterios predeterminados y objetivos, previo a que se dicte una medida cautelar en su contra.

Se evidenció una crecida en los privados de la libertad por delitos relacionados con drogas en el Ecuador, se recomienda desarrollar mecanismos efectivos que permitan diferenciar al consumidor problemático de drogas del infractor de la ley penal, de tal forma que el primero sea atendido por el sistema de salud pública, mientras que el segundo sea derivado al sistema judicial, con opciones de tener medidas alternativas al encarcelamiento, como el tratamiento que dan los Tribunales de Drogas u otras propuestas que funcionan actualmente en la Región⁷⁵.

Finalmente, el estudio reveló abuso de la prisión preventiva por parte de los operadores de justicia, sobre todo una deficiencia en la aplicación de los estándares internacionales que racionalizan a la misma, por ello se recomienda que se desarrollen e implementen mecanismos efectivos de alternativas al sistema penal y alternativas a la privación de libertad⁷⁶.

⁷⁵ Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, Informe técnico sobre alternativas al encarcelamiento para los delitos relacionados con drogas, 2014.

⁷⁶ Ministerio de Justicia y el Derecho de Colombia. Plan Nacional de Política Criminal, 2017.

Bibliografía

Fuentes doctrinarias

- Aguilar, Ana y Xavier Carrasco. Servicios previos al juicio. Manual de implementación, Monterrey. Instituto de Justicia Procesal Penal.
- Alexi, Robert. “La fórmula del peso”, en Miguel Carbonell editor. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Carbonell, Miguel. “Justicia penal y Derechos fundamentales”, en Luís Reina, Gustavo Arocena, David Cienfuegos coordinadores. Lima: Jurista, 2007.
- Carbonell, Miguel. “Introducción”, en Miguel Carbonell editor. El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. Quito: Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, 2008.
- Carranza, Elías, Mario Houed, Luís Mora. “La excarcelación bajo caución juratoria, como una de las alternativas para reducir en número de presos sin condena”, en Elías Carranza, Mario Houed, Nicholas Liverpool y otros. Sistemas penitenciarios y alternativas a la prisión en América Latina y el Caribe. Buenos Aires: ILANUD, 1992.
- Carrara, Francisco, “Programa de Derecho criminal. De la pena y del juicio criminal”, en Programa de Derecho criminal, Vol. 2, Loja, Universidad de Loja, 2010.
- CEJA, Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas. Vól. II, en Leticia Lorenzo, Cristián Riego y Mauricio Duce, Santiago: Ceja, 2011.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe sobre uso de la prisión preventiva en las Américas, preparado por la Relatoría sobre los derechos de las personas privadas de la libertad de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Organización de Estados Americanos. Washington: 30 de diciembre de 2013.

- Coyle, Andrew, La sobrepoblación en las prisiones: la prisión y la comunidad, en Elías Carranza (Cord.), Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles, Siglo veintiuno, México D. F.: 2001.
- Dahrendorf, Ralph, El conflicto social moderno: ensayo sobre la política de la libertad, Madrid: Mondadori, 1990.
- Duce, Mauricio, Claudio Fuentes y Cristián Riego. “La reforma procesal penal en América Latina y su impacto en el uso de la prisión preventiva”, en Cristián Riego y Mauricio Duce Directores, Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas. Santiago: Ceja, 2008.
- Due Process of Law Foundation. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 20 de noviembre de 2014. Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú. Washington: 2013.
- Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón, teoría del garantismo penal. Madrid: Editorial Trotta, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. Democracia y garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008
- Ferrajoli, Luigi. “El paradigma del Derecho penal mínimo”, en Juan Sotomayor coordinador, Garantismo y Derecho penal. Bogotá: Temis, 2006, p. 59-64.
- Llobet, Rodríguez Javier. La prisión preventiva (límites constitucionales). San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2010.
- Marchisio, Adrián. “Principio de oportunidad, Ministerio público y política criminal”, en Sistemas judiciales, No. 10, Santiago: Ceja, 2006.
- Trachuk, Brian. “Alternativas a la prisión una alternativa canadiense e internacional.” En Elías Carranza Cordinador, Justicia penal y sobrepoblación penitenciaria. Respuestas posibles, Siglo veintiuno, México D. F.: 2001.
- Vetrix, Claudia. “La prisión preventiva en Perú. Estudio de 112 audiencias en 7 distritos judiciales con el nuevo código procesal penal”, en Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina. Evaluación y perspectivas, Vol. 2., Santiago: Ceja, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio. El enemigo en derecho penal: estudios de criminología y

política criminal. Buenos Aires: Editorial S.L. Dykinson, 2007.

Textos legales

Constitución de la República del Ecuador, 2008.

Convención Americana de Derechos Humanos
,1969.

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, en Registro Oficial, Suplemento,
No. 180 10 de febrero de 2014.

Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, en Registro
Oficial Suplemento 544 (9 de marzo de 2009).

Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional,
en Registro Oficial, Suplemento 52 (22 de octubre de 2009).

Ecuador, Ley Orgánica de Prevención Integral del Fenómeno Socio
Económico de las Drogas y de Regulación y Control del Uso de
Sustancias Catalogadas Sujetas a Fiscalización, Registro Oficial,
Suplemento, No. 615 (26 de octubre de 2015).

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador.
Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 02 de septiembre
de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palabara Iribarne Vs.
Chile. Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 22 de
noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Acosta Calderón Vs Ecuador.
Resolución del Presidente de la Corte Interamericana, 24 de junio de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso López Álvarez Vs.
Honduras, 1 de febrero de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Oscar Barreto Vs. Estado
Venezolano, 17 de noviembre del 2009.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Argüelles y otros Vs. Argentina.