



Pontificia Universidad  
Católica del Ecuador

**FACULTAD DE JURISPRUDENCIA**

**DISERTACIÓN PREVIA A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE  
ABOGADA**

**LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO FLAGRANTE EN EL  
DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO DURANTE EL SEGUNDO  
SEMESTRE DE 2019**

**CYNTHIA MISHEL GUDIÑO FLORES**

**DIRECTOR: DR. ALEX VALLE**

**QUITO, 2020**

**DEDICATORIA**

A quien aún crea en la necesidad de congruencia entre la teoría y la práctica,  
entre el papel y la realidad, y entre lo que se dice y lo que se hace.

## AGRADECIMIENTOS

A mamá, con amor y gratitud, por la infinidad de oportunidades que me ha regalado.

A Shashita, por *ser* presente.

A mi hermana, por *creer* en mí y *estar* siempre.

A papá, por intentar regalarme la otra cara de la moneda.

A Alex Valle, por regalarme su tiempo de improviso y sin pensárselo tanto.

A Diego Goyes, Stefan Krauth, Diego Zalamea, Dr. Jefferson Ibarra y Dra. Ivette Haboud, por haber estado dispuestos a colaborar con este trabajo de investigación.

## **RESUMEN**

Las medidas cautelares son mecanismos de aseguramiento procesal penal, establecidos por el Estado con la finalidad de resguardar los derechos de la víctima y la eficacia del proceso. Implican el estricto respeto de principios y parámetros normativos porque constituyen restricciones de derechos del sujeto procesado, antes que sea reconocido como culpable. Dada la complejidad del tema, en el presente trabajo de disertación se ha pretendido identificar la forma de aplicación de prisión preventiva en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito durante el segundo semestre de 2019. Para ello, se han utilizado los métodos de investigación analítico y deductivo, y las técnicas investigativas documentales y de campo, relacionadas principalmente con jurisprudencia, doctrina, legislación, entrevistas y expedientes de las Unidades de Flagrancia mencionadas. Como resultado, se ha concluido que la aplicación de prisión preventiva, en la práctica, no tiene carácter excepcional. Es impuesta indistintamente sin respetar los principios de proporcionalidad ni las debidas garantías de motivación, y genera una inversión de la carga probatoria que menoscaba directamente el derecho a la seguridad jurídica consagrado en la Constitución.

**PALABRAS CLAVE:** medidas cautelares, prisión preventiva, delito flagrante, privación de libertad, seguridad jurídica, principio de proporcionalidad.

## **ABSTRACT**

Precautionary measures are mechanisms of criminal procedural assurance established by the State in order to protect the rights of the victim and the effectiveness of the process. They imply strict respect for principles and normative parameters because they constitute restrictions on the rights of a person being prosecuted, before being recognized as guilty. Given the complexity of the topic, in this paper has been intended to identify the form of application of pre-trial detention in the Flagrancy Units of Quito Metropolitan District in the second semester of 2019. Therefore, analytical and deductive research methods and field and documentary investigative techniques have been used, mainly related to jurisprudence, doctrine, legislation, interviews and files of the Flagrancy Units. As a result, it has been concluded that the application of pre-trial detention, in practice, does not have an exceptional character. It is imposed indiscriminately, without respecting the principles of proportionality nor the proper guarantees of motivation, and it generates a reversal of the burden of proof that directly undermines the right to legal certainty enshrined in the Constitution.

**KEY WORDS:** precautionary measures, pre-trial detention, flagrante delicto, deprivation of liberty, legal certainty, principle of proportionality.

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	9
<b>I. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO FLAGRANTE</b> .....	13
1.1. Las medidas cautelares .....	13
1.1.1. Generalidades de las medidas cautelares .....	13
1.1.1.1. Antecedentes y concepto .....	13
1.1.1.2. Presupuestos de las medidas cautelares .....	15
1.1.1.3. Naturaleza jurídica, características y principios.....	17
1.1.1.4. Clases de medidas cautelares .....	22
1.1.1.5. Finalidades que rigen la aplicación de medidas cautelares.....	26
1.1.2. Particularidades de la prisión preventiva como medida cautelar personal.....	29
1.1.2.1. Concepto .....	29
1.1.2.2. Características y principios .....	30
1.1.2.3. Presupuestos que habilitan la privación preventiva de libertad .....	37
1.2. El delito flagrante .....	42
1.2.1. Breves antecedentes históricos y aproximaciones dogmáticas del delito flagrante .....	42
1.2.2. Particularidades del delito flagrante.....	44
1.2.3. Proceso de flagrancia en el sistema procesal penal ecuatoriano.....	46

<b>II. LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO FLAGRANTE EN EL PERIODO JULIO-DICIEMBRE DE 2019, EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO .....</b>	<b>51</b>
2.1. Análisis de 94 expedientes de las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito en los cuales se dictó prisión preventiva .....	51
2.2. Análisis cualitativo de tres casos específicos de delitos flagrantes en los que se dictó prisión preventiva .....	67
2.2.1. Caso de asociación ilícita .....	68
2.2.2. Caso de robo .....	71
2.2.3. Caso de ataque y resistencia .....	74
<b>III. HALLAZGOS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS FLAGRANTES Y RECOMENDACIONES PARA CONTROLARLA .....</b>	<b>79</b>
3.1. Análisis de los resultados teórico-prácticos de la prisión preventiva en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito.....	79
3.1.1. Inobservancia de principios y elementos de la prisión preventiva .....	80
3.1.2. Inversión de la carga probatoria .....	81
3.1.3. Ineficacia de la prisión preventiva .....	83
3.2. Parámetros a considerar para controlar la aplicación de prisión preventiva en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito .....	86
3.3. A manera de conclusiones .....	95
<b>REFERENCIAS .....</b>	<b>101</b>

<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	109
<b>ANEXOS</b> .....	111
Anexo 1. Documento de Excel del análisis de los 94 casos estudiados para la elaboración del segundo capítulo de esta disertación. ....	111
Anexo 2. Documento extraído del SATJE, en PDF, del caso de asociación ilícita No. 02386-2019 .....	111
Anexo 3. Documento extraído del SATJE, en PDF, del caso de robo No. 02920-2019 .....	111
Anexo 4. Documento extraído del SATJE, en PDF, del caso de ataque y resistencia No. 03147-2019.....	111
Anexo 5. Entrevista realizada a Stefan Krauth, PhD en Derecho Penal y exfuncionario de la Defensoría Pública del Ecuador dedicado a investigar la prisión preventiva. ....	111

## INTRODUCCIÓN

A nivel nacional, la legislación penal prevé mecanismos destinados a asegurar el correcto desarrollo del proceso y el cumplimiento óptimo de la pena, a través del principio de inmediación. Estos mecanismos se conocen como medidas cautelares y pueden ser de dos tipos: personales y reales, en función del sujeto o los objetos sobre los que recaen, respectivamente.

La imposición de medidas cautelares es solicitada por el fiscal al juzgador, ya que al ser mecanismos que implican limitaciones de derechos, solamente pueden ser dispuestos después de un análisis detenido que le lleve al operador de justicia a ordenarlos. Así, a nivel legislativo existen parámetros legales que autorizan su solicitud y disponen su inadmisión.

En el presente trabajo de investigación se analiza tanto el bagaje normativo como la situación práctica de la aplicación de medidas cautelares, específicamente de las de tipo personal, y entre ellas, de la prisión preventiva. Especialmente, debido a su carácter excepcional, al representar el encarcelamiento de una persona que aún no ha sido reconocida como culpable a través de una sentencia emitida por el órgano jurisdiccional competente. Dado que la prisión preventiva puede ordenarse en cualquier delito de acción pública, entre otros requisitos siempre que tenga previsto una pena privativa de libertad mayor a un año, su ámbito de aplicación es extremadamente amplio. En consecuencia, se delimita su estudio únicamente respecto al delito flagrante, aquel que ocurre en presencia de una o más personas, o es descubierto tan pronto como es cometido.

Trátese de flagrancia o no, es importante tener claro que, normativamente, las medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva siempre deben priorizarse, de acuerdo al artículo 77, numeral 11 de la Constitución del Ecuador (CRE) y a la disposición del artículo 534

numeral 3 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), que enfatizan la excepcionalidad de la privación de libertad y la adecuación de las medidas alternativas para salvaguardar el proceso y asegurar la comparecencia de la persona procesada.

No obstante, en la investigación realizada en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito, parecería que la prisión preventiva es la primera opción a considerar, antes de la prohibición de salida del país, el arresto domiciliario, la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad o el dispositivo de control electrónico. Además, un problema de fundamentación de su necesidad, idoneidad y proporcionalidad, se ha visto reflejado. Es decir que, en el día a día, no es una práctica común que el fiscal motive su solicitud de aplicación de encarcelamiento preventivo y que el juzgador argumente su decisión de imponerlo. En este contexto, podría hablarse de una aplicación rutinaria, masiva e indiscriminada de prisión preventiva, que no respeta las finalidades ni las características y principios propios, sino que es ordenada de manera formal.

Con el objetivo de responder con claridad si su aplicación equivale o no a una vulneración sistemática del derecho a la seguridad jurídica de las personas procesadas, el presente trabajo está enfocado en identificar la forma de utilización de esta medida cautelar en las Unidades de Flagrancia. Por tanto, es una investigación de tipo doctrinario, empírico e interdisciplinario, en la que se analiza un número considerable de expedientes fiscales con el fin de determinar elementos comunes plasmados en las decisiones jurisdiccionales de prisión preventiva, que guardan estrecha relación entre el Derecho Penal y Constitucional.

En el desarrollo de esta disertación se aplican los métodos de investigación analítico y deductivo, ya que se analizan conceptos, principios y leyes generales en el área específica de la prisión preventiva en delitos flagrantes. Adicionalmente, esta disertación se desarrolla bajo un

enfoque mixto y explicativo, porque a través del análisis y recolección de datos cuantitativos y cualitativos es posible exponer la realidad de la aplicación de prisión preventiva. Los modos de investigación utilizados son el dogmático jurídico y el normativo jurídico, en razón de la referencia a doctrina, principios y leyes. Las técnicas de investigación utilizadas son documentales y de campo, materializadas principalmente en jurisprudencia, doctrina, legislación, entrevistas estructuradas con preguntas abiertas y expedientes de las Unidades de Flagrancia de Quito.

Finalmente, esta investigación contempla tres capítulos principales y se desarrolla dentro de la línea de investigación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de inequidades, exclusiones, desigualdades y derechos humanos, bajo el dominio académico de política y derecho, para la participación social y el establecimiento de relaciones justas.

El primer capítulo estudia la prisión preventiva y el delito flagrante. Por un lado, ofrece un recuento de las medidas cautelares previstas en la legislación ecuatoriana, desarrollando sus características, principios y finalidades, y profundizando en la naturaleza jurídica de la prisión preventiva y sus requisitos legales. Por otro lado, abarca también las particularidades del delito flagrante y su proceso en las Unidades de Flagrancia creadas para tal efecto.

El segundo capítulo desarrolla los resultados de una investigación de campo realizada en las Unidades de Flagrancia de Quito (Quitumbe y Mariscal), respecto a la realidad de las solicitudes y órdenes de prisión preventiva, entre los meses de julio a diciembre de 2019. Con la finalidad de evaluar el cumplimiento de los presupuestos normativos constitucionales y legales, se analizan cuatro variables específicas: variable de proporcionalidad, para conocer si la prisión preventiva ordenada respeta la idoneidad, necesidad y proporcionalidad necesarias; variable de existencia de peligro procesal de fuga, que debe ser acreditado por el fiscal; variable de arraigo social, ya que en ocasiones la carga probatoria del peligro procesal de fuga se invierte y es el sujeto

procesado quien debe demostrar su ánimo de comparecer al proceso; y variable de suficiencia de elementos de convicción de la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. Adicionalmente, en este capítulo se analizan tres casos específicos que representan con claridad la actuación diaria de jueces, fiscales y defensores públicos, en las Unidades de Flagrancia de Quito.

Por último, el tercer capítulo está dedicado a la exposición de hallazgos de todo el trabajo de investigación y al desarrollo de elementos a considerar para solucionar el problema de aplicación masiva de prisión preventiva, tanto por medio del Consejo de la Judicatura como a través del COIP y del plan estratégico de la Función Judicial previsto hasta el 2025. El tema del abuso de la prisión preventiva debe ser inmediatamente tratado porque produce consecuencias indeseables en varios aspectos, incluso en los centros de privación de libertad, en Ecuador ya es una razón principal del hacinamiento carcelario.

## **I. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO FLAGRANTE**

### **1.1. Las medidas cautelares**

#### **1.1.1. Generalidades de las medidas cautelares**

##### **1.1.1.1. Antecedentes y concepto**

Generalmente, la consecuencia directa de la ejecución de una conducta delictiva es la privación de libertad del sujeto que la realiza. En el área del Derecho Penal, la persona que delinque y es sometida a un centro carcelario como sanción, además de la privación de su derecho a la libertad ambulatoria, experimenta la restricción de, entre otros, el derecho a una comunicación libre, a la intimidad personal y familiar, al trabajo y a la educación.

Todas estas restricciones de derechos que recaen sobre la persona que ha sido encontrada culpable de la conducta delictiva e incluso sobre la persona procesada por un delito, son posibles y legítimas en virtud de la relación de poder existente entre el Estado y el ciudadano. En esta relación, el primero materializa su poder de mandar y hacerse obedecer a través de órdenes, derechos y sanciones, que recaen directamente sobre los segundos y les delimitan sus libertades individuales (Pujadas, 2007).

Es decir que, es en razón del *ius puniendi* o poder punitivo del Estado, que el sistema de justicia, dentro de un proceso penal y en virtud de la ejecución de una conducta catalogada como prohibida (delito), puede disponer restricciones de derechos que se aceptan y cumplen, a través de mecanismos necesarios específicos para tal efecto.

El proceso penal es uno de los escenarios más propicios a la injerencia estatal sobre derechos individuales. Por tanto, además de la potestad del Estado para decidir qué protege (bienes

jurídicos protegidos) y qué castiga (conductas prohibidas sujetas a sanción), la realización del proceso penal, que constituye una serie de actos jurídicamente regulados, también le corresponden. Sobre todo, porque inevitablemente la sustanciación de un proceso penal acarrea intromisiones en la vida de las personas sometidas a él (Carnelutti, 2002). Ejemplo claro de esto, es que su culminación generalmente conlleva una sentencia que, permite al ciudadano procesado seguir libre o merma sus derechos.

La naturaleza propia del Derecho Penal, que ofrece como potencial opción la privación de libertad en centros carcelarios, motiva diversas reacciones por parte de los ciudadanos que han delinquido. Mientras que algunos tienen libre disposición –o resignación- de someterse al *ius puniendi* estatal, otros tienen total voluntad de evadirlo o burlarlo. Sin embargo, el Estado, que tiene la necesidad de exigir que la acción de su justicia se cumpla perfectamente, no quiere permitirse incertidumbre respecto a la actitud que tomará el sujeto procesado. Precisamente, de esa necesidad, nacen las medidas cautelares.

Con el objetivo de adelantarse al cometimiento de un daño indeseable que vicie el correcto desenvolvimiento del proceso penal, el Estado le arrebató al sujeto procesado la opción de evadir la justicia, a través de mecanismos legales específicos que reciben el nombre de medidas cautelares y que, además de asegurar el acatamiento eficaz de las decisiones jurisdiccionales, garantizan un proceso seguro, un real cumplimiento de la pena y la reparación integral a la víctima (Vivanco, 2016).

A nivel doctrinario, las medidas cautelares son:

Autorizaciones legales que pueden utilizarse en el proceso penal para limitar o restringir derechos, generalmente del imputado, pero también respecto de terceros, con el único objetivo de garantizar el descubrimiento de la verdad real y la actuación de la ley penal en el caso concreto. (Clariá Olmedo, 1998, 476)

De acuerdo al criterio de Gimeno Sendra, Cortéz y Moreno (1996), se entiende por medidas cautelares a:

Las resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, de un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, de otro, de la fundada probabilidad de su ocultación personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limita provisionalmente la libertad o la libre disposición de sus bienes con el fin de garantizar los efectos, penales y civiles, de la sentencia. (390)

Finalmente, José Maza Martín (2007), sostiene que:

Las medidas cautelares son aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objetos de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga. (17)

En virtud de todas las definiciones mencionadas, se propone que las medidas cautelares son disposiciones jurisdiccionales adecuadamente motivadas, dirigidas al sujeto procesado para restringir temporalmente sus derechos, cuya función primordial es asegurar la correcta resolución del proceso penal, sin que se vea frustrado por la posible ausencia del sujeto pasivo del poder punitivo del Estado.

### **1.1.1.2. Presupuestos de las medidas cautelares**

Considerando que las medidas cautelares constituyen una innegable invasión del poder público en la dimensión personal de los sujetos pasivos del proceso penal, antes de la existencia de una resolución jurisdiccional que determine su responsabilidad, la doctrina ha desarrollado dos presupuestos que deben satisfacerse para habilitar su imposición.

- El *fumus boni iuris*, *fumus delicti commisi* o apariencia de buen derecho

“Es el primer presupuesto para la adopción de toda medida cautelar” (Gutiérrez de Cabiedes, 2004, 125). Se acredita en el transcurso del proceso penal, a través de indicios

sólidos que se convierten en elementos de convicción racionales y suficientes de la comisión de una conducta delictiva (Rifá Soler, Richard González y Riaño Brun, 2006).

Es decir, la apariencia de buen derecho representa la ajustabilidad del objeto del proceso penal bajo la figura de un delito, del cual un individuo es potencialmente responsable.

- El *periculum in mora* o peligro en la demora

Es el fundamento jurídico de cualquier medida cautelar. Exige acreditar que existe realmente un peligro concreto que puede afectar al correcto desenvolvimiento de la administración de justicia, ya sea porque el sujeto pasivo del proceso tratará de huir, ocultarse, eliminar o alterar pruebas; o de cometer nuevos hechos delictivos (Gascón, 2019).

En otras palabras, el *periculum in mora* demanda que exista una real posibilidad peligrosa de afectar el óptimo desenvolvimiento del proceso penal, a través de conductas indeseables por parte de los sujetos procesados.

En resumen, no es posible dictar medida cautelar alguna a menos que la comisión de una conducta sea calificada de delictiva, el individuo procesado aparezca como real sujeto pasivo del *ius puniendi* del estado (por ser potencial autor), y existan indicios que permitan deducir que éste se rehusará a colaborar o permitir el óptimo desenvolvimiento del proceso penal.

El cumplimiento de los dos presupuestos mencionados, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, son indispensables para que las medidas cautelares dispuestas por el juzgador sean legítimas y necesarias, caso contrario resultarían arbitrarias.

### **1.1.1.3. Naturaleza jurídica, características y principios**

Las medidas cautelares, también llamadas medidas provisionales de cautela o conservación, y medidas provisionales de seguridad, son mecanismos de naturaleza preventiva evidente, dispuestos por un órgano jurisdiccional antes de la emisión del fallo definitivo que condena o ratifica la inocencia de la persona procesada, porque existe un peligro demostrado de incumplimiento de la decisión jurisdiccional (Martínez Botos, 1994).

La naturaleza propiamente cautelar de estas medidas procesales, se evidencia en la posibilidad que ofrecen de anticipar ciertos efectos de un fallo condenatorio (como la privación de libertad del procesado) con el objetivo de salvaguardar el proceso. Así, su naturaleza obedece a la protección y a la prevención, a la cautela, de un proceso penal desarrollado sin contratiempos.

Además del respeto a la naturaleza jurídica cautelar o preventiva de las medidas provisionales de conservación, para tener decisiones jurisdiccionales justas y no arbitrarias, las características y principios de las medidas cautelares deben también ser tomados en cuenta.

Por un lado, las características de las medidas cautelares son:

- Temporalidad

Tienen una duración específica, determinada y razonable. Por ninguna razón pueden extenderse un tiempo mayor al del proceso penal. Se revocan, modifican o alteran por decisión jurisdiccional, ya sea porque variaron las circunstancias que impulsaron su imposición, o porque se cumplió con presupuestos exigidos para su sustitución (Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, 2007). De ahí que, otra particularidad de las medidas cautelares es su variabilidad, es decir que son plenamente modificables.

- Carácter restrictivo y excepcionalidad

Por un lado, las medidas cautelares no pueden imponerse en todos los casos de infracciones, ni siquiera indistintamente respecto de cualquier delito (COIP, 2014, art. 539).

En este asunto, cabe puntualizar que la normativa nacional es sumamente clara:

- En contravenciones únicamente se aplican medidas de protección (COIP, 2014, art. 520).

Lo que quiere decir que este tipo de infracciones quedan excluidas de ser susceptibles de alguna medida cautelar.

- Para solicitar la medida cautelar de prisión preventiva, necesariamente el delito debe tener una pena privativa de libertad superior a un año (COIP, 2014, art. 534).

Entonces, no puede tratarse de cualquier delito sin distinción.

Por otro lado, estas medidas únicamente deben ordenarse cuando sean forzosamente necesarias para garantizar la comparecencia del procesado. En el caso de la prisión preventiva, el carácter de excepcionalidad es especialmente importante ya que obedece a la ausencia de mecanismos alternativos eficientes para cumplir el mismo fin.

- Jurisdiccionalidad

Las medidas cautelares al ser resoluciones que coartan derechos individuales, únicamente pueden ser ordenadas por operadores de justicia competentes, al ser ellos quienes detentan la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Ninguna otra autoridad tiene facultad de disponerlas.

Debe diferenciarse entre la solicitud y la disposición de una o varias medidas cautelares, ya que son asuntos totalmente diferentes que no deben confundirse. Está claro ya que los jueces son quienes exclusivamente las ordenan, pero debe conocerse también que, únicamente pueden

hacerlo si Fiscalía las solicita previamente. Por tanto, el operador de justicia no tiene la facultad de dictar medidas cautelares de oficio, sino que requiere una previa solicitud fundamentada y motivada del fiscal (COIP, 2014).

- Instrumentalidad o accesoriedad

Todas las medidas cautelares son dependientes de un proceso. Es decir, únicamente dentro de éste es posible que se ordenen ciertos mecanismos de aseguramiento que, no tienen un fin en sí mismos, sino que son medios para lograr fines procesales y neutralizar los peligros que puedan perturbarlos (Cafferata Nores, 1992).

Revisadas ya las características de las medidas cautelares, por otro lado, los principios que rigen su imposición son:

- Principio de celeridad

Gracias a la característica de temporalidad de las medidas provisionales de cautela, toma relevancia el principio de celeridad, en virtud que es fundamental la tramitación diligente del proceso, dentro de los plazos previstos, para lograr una resolución eficiente que asegure su cumplimiento.

De ninguna manera debe entenderse este principio como una motivación para vulnerar los requisitos exigidos legalmente o el debido proceso (Garzón, 2008). Más bien, debe constituir un incentivo para solucionar el conflicto, de la mejor manera posible, mientras se tienen los mecanismos adecuados que facilitan su resolución y garantizan el acatamiento de la decisión.

- Principio de legalidad

En atención al principio de legalidad, con el objetivo de evitar abusos por parte de los operadores de justicia y en relación al carácter restrictivo de estas medidas, el juzgador no puede ordenar aquellas distintas a las expresamente estipuladas en la ley (COIP, 2014). Por lo tanto, únicamente pueden aplicarse las medidas previstas en el ordenamiento jurídico, en la forma establecida, bajo los requisitos señalados y en las condiciones específicamente dispuestas.

- Principio de inmediación

La instrumentalidad de las medidas cautelares desemboca en una estrecha relación con el principio procesal de inmediación, uno de los más trascendentes para justificar la razón de ser de las medidas cautelares y otorgarles una funcionalidad específica.

La inmediación conlleva una comunicación bilateral directa del juez. Por un lado, con los elementos probatorios que le permiten llegar a una decisión y, por otro lado, con las partes procesales (Garzón, 2008a). En la normativa nacional, la existencia del principio de inmediación se justifica en la medida en que el sistema procesal es entendido como un medio para la realización de justicia, en el que el juzgador requiere la presencia de los sujetos procesales para celebrar la audiencia, evacuar los medios de prueba existentes y realizar los demás actos procesales necesarios (COIP, 2014, art. 5 num.17).

- Principio de proporcionalidad

La proporcionalidad de las medidas cautelares busca una congruencia entre los fines del proceso y los medios que se utilizan para lograrlos. Es decir, persigue un equilibrio entre la medida que se ordena, su grado de violencia y su naturaleza cautelar. Además, trata de evitar, en la mayor medida de lo posible, una afectación a los derechos y garantías fundamentales del

procesado, precisamente por eso: porque aún está siendo procesado y no puede recibir una medida más gravosa que la propia sanción penal (Garzón, 2008a).

El principio de proporcionalidad tiene estrecha relación con el principio de inocencia, el mismo que dispone que toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser presumida inocente, mientras no se demuestre su culpabilidad en un juicio que le brinde todas las garantías básicas para su defensa (San Martín Castro, 2004). Por consiguiente, adjudica al Estado el peso de probar tanto la culpabilidad del procesado como la necesidad de medidas cautelares que aseguren una correcta resolución del proceso penal.

Examinadas ya, todas las características y los principios que rigen la aplicación de medidas cautelares, sobra, quizás, mencionar la importancia del respeto al principio jurídico procesal del debido proceso en su tramitación, que contiene una serie de garantías mínimas encaminadas a la existencia de un juicio justo que respete todos los derechos de las partes procesales (Gozaíni, 2002).

En el ámbito específico de las medidas cautelares, el debido proceso se materializa en los operadores de justicia que, además de ser competentes, independientes e imparciales; tienen también la obligación de observar el respeto de los derechos de las partes que, entre otros, incluyen el ordenamiento de medidas adecuadas –no excesivas- para proteger los derechos de las víctimas, y la observancia de formalidades esenciales y de requisitos puntuales antes de dictarlas en los casos estrictamente necesarios.

La observancia del debido proceso se materializa también en la actuación del fiscal y de la defensa del procesado, proponiendo una especie de responsabilidad tripartita entre ellos y el operador de justicia. En efecto, quien tiene la obligación de observar las disposiciones legales

pertinentes para solicitar la medida adecuada que responda efectivamente a los intereses del proceso, es el fiscal. Luego, queda en manos del juzgador evaluar el cumplimiento de los requisitos y la procedencia de la medida solicitada, negándola en caso de ser excesiva o infundada. Posteriormente, es tarea de la defensa técnica del procesado realizar un control de aplicación de medidas y presentar los recursos pertinentes en caso de vulneraciones o abusos.

Así, al existir varios sujetos encargados de, entre otras cosas, analizar la idoneidad de la medida cautelar solicitada, dictada o revocada; teóricamente, en la práctica no deberían hallarse problemas relacionados con arbitrariedades o utilizaciones excesivas de estos mecanismos, que irrespeten los principios que rigen su aplicación.

#### **1.1.1.4. Clases de medidas cautelares**

Las medidas cautelares pueden ser de dos clases bien definidas de acuerdo a la afectación que provocan en el patrimonio del sujeto procesado (medidas cautelares reales) o en su libertad personal (medidas cautelares personales).

- Medidas cautelares reales

En virtud que este tipo de medidas tiende a asegurar los efectos económicos del proceso, afectan la libre disposición patrimonial de quien está siendo procesado (Rifá Soler, Richard González y Riaño Brun, 2006a). Por tanto, pretenden cubrir los daños desprendidos del delito perpetrado con los bienes de la persona, ya sea natural o jurídica.

A nivel nacional, la legislación penal contempla diversas medidas cautelares reales. Se explicará muy brevemente en qué consiste cada una de ellas, para tener una idea general, pero no se profundizará, ya que el tema principal a tratar se relaciona con las medidas cautelares personales.

- Secuestro

Medida que autoriza al juzgador a despojar, a la persona procesada, del dominio de un bien mueble o inmueble (Vera, 2017).

- Incautación

Mecanismo que limita la propiedad del individuo procesado sobre ciertos objetos concretos, con la finalidad de buscar pruebas que permitan demostrar su culpabilidad (Vera, 2017a). Se mantiene hasta que el juzgador emita la resolución definitiva (COIP, 2014, art. 557)

- Retención

Permite retener las cuentas bancarias del sujeto procesado por un valor equivalente a la multa y la reparación integral de la víctima del delito (COIP, 2014, art. 555).

- Prohibición de enajenar

El titular del derecho de propiedad experimenta una restricción del poder de disposición del bien: no es capaz de válidamente enajenarlo, gravarlo o disponer de él de forma general (Roca Sastre, 1979).

- Clausura provisional del establecimiento

Supone un fin total o un cierre parcial de las tareas o procesos desarrollados por la persona jurídica involucrada como sujeto pasivo en el proceso penal.

- Suspensión temporal de actividades

Es la orden de cese de actividades de la persona jurídica, ya sea total o parcialmente.

- Intervención del ente público de control (Superintendencia de Compañías) (COIP, 2014, art. 550)

La medida pretende preservar la integridad de las unidades económicas que son materia del proceso, mientras éste se sustancia, con la finalidad de evitar la continuación del delito o el daño en el patrimonio de la empresa (Llarena, 2016). Puede suspenderse previo informe del interventor.

- Medidas cautelares personales

Las medidas cautelares personales, que están dirigidas exclusivamente a personas naturales, tienden a asegurar la presencia del sujeto procesado a toda la causa penal, además del cumplimiento de la pena y la reparación integral de la víctima, en base al principio de inmediación anteriormente expuesto.

La legislación nacional, a través del COIP, contempla las siguientes modalidades de medidas cautelares personales, que serán explicadas brevemente en su totalidad ya que el objeto principal de esta disertación es exclusivamente la prisión preventiva:

- Prohibición de salida del país

Implica la notificación, a todos los organismos y autoridades correspondientes de control migratorio, de la negativa de salida del país de la persona procesada, bajo prevenciones legales (COIP, 2014, art. 523). Tiene como finalidad que el procesado no huya de su presunta responsabilidad.

- Obligación de presentarse periódicamente ante alguna autoridad determinada

Esta medida otorga cierta libertad al juzgador para designar los días, las horas y la autoridad o institución ante la cual la persona procesada debe acudir diaria, semanal o mensualmente (COIP, 2014, art. 524).

- Arresto domiciliario

Esta medida cautelar personal limita directamente la libertad ambulatoria ya que dispone que la persona procesada se encuentre confinada en su domicilio. Por ministerio de la ley, recurre a otra medida suplementaria: el dispositivo de vigilancia electrónica, que debe portarse obligatoriamente por el sujeto sobre quien recae el arresto domiciliario (COIP, 2014, art. 525).

Está a cargo del juzgador, pero su vigilancia (que no necesariamente debe ser permanente) se efectiviza a través de cualquier medio que él establezca, generalmente la Policía Nacional.

- Utilización de un dispositivo de vigilancia electrónica

Consiste en un aparato que lleva la persona procesada en su cuerpo, con el objetivo de permitir el acceso estatal inmediato a información relacionada con su localización (Maldonado, 2017).

- Detención

Puede ser ordenada por el juzgador, motivadamente, en contra de una persona considerada como presunta responsable o participante de una conducta delictiva. Esta medida cautelar tiene fines investigativos y una duración máxima de 24 horas. El sujeto detenido rinde su versión en Fiscalía, en presencia de un defensor privado o público, correctamente informado de todos los derechos y garantías que le asisten (COIP, 2014, art. 530-533).

- Prisión preventiva

Representa la privación de libertad de una persona que aún no ha sido declarada culpable a través de una sentencia de un órgano jurisdiccional competente. Pretende asegurar la presencia de este individuo en todo el proceso penal, al igual que el cumplimiento de la pena (en caso de que sea encontrado culpable). Es la medida cautelar personal en la que se puede apreciar con mayor claridad la característica de excepcionalidad, sobre todo porque limita el derecho fundamental de la libertad personal de un individuo jurídicamente inocente (Castillo, 2009).

Dado que la prisión preventiva constituye la única excepción de privación de libertad, en un centro estatal, sin sentencia condenatoria ejecutoriada, únicamente puede ser ordenada si las otras medidas cautelares personales resultan insuficientes para alcanzar la misma finalidad (COIP, 2014, art. 534 num.3). Se profundiza en su estudio más adelante.

Antes de concluir este apartado, es importante puntualizar que las medidas cautelares no son excluyentes, lo que significa que puede solicitarse y ordenarse dos o más de ellas simultáneamente. Por ejemplo, según el artículo 522 del COIP (2014), la utilización del dispositivo de vigilancia electrónica puede ser dispuesto también junto con la prohibición de salida del país y la obligación de presentaciones periódicas ante una autoridad.

#### **1.1.1.5. Finalidades que rigen la aplicación de medidas cautelares**

Las finalidades a las cuales responden las medidas cautelares delimitan también su legítima aplicación, razón por la cual además de verificar el respeto de sus principios y presupuestos, es importante constatar que los fines que las respaldan son legítimos y congruentes con su naturaleza cautelar.

En términos generales, los mecanismos cautelares están legalmente previstos con el objetivo de proteger los derechos de las víctimas, garantizar el buen desarrollo del proceso penal, la celebración del juicio y la efectividad de la sentencia dictada (Flors, 2010). De ahí que, son medidas que restringen derechos del procesado, principalmente vinculados a su libre disposición de bienes o a su libertad ambulatoria.

Estas medidas de aseguramiento procesal buscan prevenir ciertos riesgos indeseables que impiden, entre otros, preservar la existencia de elementos de convicción, asegurar la reparación integral de la persona sobre quien recae la conducta delictiva y garantizar la comparecencia del sujeto presuntamente responsable (González, 2009).

Si bien el poder jurisdiccional del Estado está compuesto por la función cautelar, declarativa y ejecutiva, la función de las medidas cautelares está subordinada a las dos últimas, puesto que:

No se trata con ella de juzgar ni de hacer ejecutar lo juzgado, sino de servir a un fin distinto, pero instrumental a ambos, cual es el de asegurar preventivamente que tanto la decisión definitiva del conflicto, como las actuaciones materiales, podrán tener en la práctica la misma eficacia que hubieran tenido de poder haber sido, la una dictada, y las otras realizadas, de una manera inmediata, sin necesidad de sustanciar proceso alguno. (Vecina Fuentes, 2004, 78)

En el marco internacional, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (1998) autoriza la disposición de las medidas necesarias para evitar la perturbación del proceso, ya sea a través de la adecuada recolección y preservación de las pruebas, de la imposibilidad de evasión de la persona procesada, o de otros mecanismos. Asimismo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945), contempla la facultad jurisdiccional de ordenar medidas provisionales, con el único fin de resguardar los derechos de las partes.

En el mismo sentido, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca, 1991-1992), disponen que “las medidas limitativas de derechos

tienen por objeto asegurar los fines del procedimiento y estarán destinadas, en particular, a garantizar la presencia del imputado y la adquisición y conservación de las pruebas” (art. 20 num.1).

En el marco nacional, existe armonía con las disposiciones internacionales, y en estrecha relación con el principio de legalidad, la legislación especial penal materializada en el COIP (2014) señala con claridad las finalidades taxativamente previstas para la aplicación de medidas cautelares (art. 519):

1. Protección de los derechos de las víctimas y demás participantes del proceso penal
2. Garantía de la presencia del procesado en el proceso penal, el cumplimiento de la pena y la reparación integral
3. Prevención de la destrucción u obstaculización de la práctica de pruebas que desaparezcan elementos de convicción
4. Garantía de la reparación integral a las víctimas

En este sentido, las medidas cautelares permiten la vinculación permanente del procesado y el efectivo cumplimiento de una sentencia que pretende reparar a la víctima de forma integral, intentando, en la mayor medida de lo posible, que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes del ilícito.

Según Miguel Fenech (1952), citado por Vaca (2009), dada “la tendencia natural del culpable para eludir el castigo que le corresponde por el hecho punible cometido de que es autor” (651), el Estado se ve obligado a ordenar medidas cautelares que le permiten asegurar el respeto de la justicia penal administrada por su órgano jurisdiccional.

Sin embargo, dada la tensión entre el interés general social de una persecución penal eficiente y los derechos de quien está siendo procesado por la administración de justicia, la predilección estatal por la prevención desmedida de afecciones al proceso penal, puede producir que, aunque existan parámetros legales previamente establecidos que deben cumplirse para habilitar la

imposición de medidas preventivas, en la práctica diaria la situación sea diferente (Borja, 2009). Sobre todo, en el ámbito de la medida cautelar personal de prisión preventiva, que satisface la petición social de mayor seguridad y castigo a través del encarcelamiento preventivo, dejando de responder, en gran parte, a sus fines legales establecidos (Rodríguez, 2015).

Para comprender mejor la dimensión de la prisión preventiva, en el siguiente subcapítulo se analizan las especificidades de esta medida cautelar, que es la más grave a aplicar por el órgano jurisdiccional estatal.

## **1.1.2. Particularidades de la prisión preventiva como medida cautelar personal**

### **1.1.2.1. Concepto**

En el ámbito doctrinario, autores como Roxin (2000) han señalado que la prisión preventiva es la privación de libertad de la persona imputada o procesada, con la finalidad de garantizar que el proceso de conocimiento o la ejecución de la pena, y la investigación de los hechos puedan ser realizados de la manera más óptima posible.

En esta misma línea, también se ha definido a la prisión provisional de libertad como un mecanismo cautelar excepcional que solo puede ser utilizado a través de una decisión jurisdiccional motivada que justifique la inexistencia de otras medidas alternativas, menos gravosas, para proteger los fines del proceso penal (Escuela Nacional de la Judicatura de la República Dominicana, 2007a).

En resumen, se entiende que la prisión preventiva es un mecanismo de aseguramiento procesal, que se ordena como medio para desarrollar eficazmente los procesos y como garantía del

real cumplimiento de la pena. Debido a sus características específicas, que inmediatamente se analizan, no puede dictarse indistintamente, sino que obedece a la existencia de ciertos requisitos o presupuestos que contienen al poder punitivo del Estado.

### **1.1.2.2. Características y principios**

Antes de continuar el estudio de la prisión preventiva, se debe primero precisar sus características y luego, ampliar la dimensión del principio transversal que le constituye.

La medida cautelar personal penal que más afecta los derechos del sujeto sobre quien recae es, principalmente:

- De ultima ratio y excepcional

En atención a la peculiaridad de la prisión preventiva y al efecto directo que produce, debe ser utilizada únicamente en situaciones estrictamente necesarias. Según Maier (2004), el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo tiene su razón de ser en la inexistencia de un proceso regular previo que produzca una sentencia firme que imponga esa pena.

En el marco internacional, las Reglas Tokio (1990) enfatizan la necesidad de aplicar esta medida como último recurso, dando prioridad a las medidas sustitutivas. Incluso, imponen a los Estados la obligación de introducir en sus ordenamientos jurídicos medidas no privativas de libertad, que permitan al juzgador manejar opciones diversas y reducir la aplicación de sanciones de prisión.

Sumado a esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha destacado 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 excepcional” (Caso Tibi Vs.

Ecuador, Serie C No. 114, 2004, párr. 106). En razón que, el uso excesivo de esta medida cautelar personal contraviene el fin propio del Estado: la tutela de derechos, que de ninguna manera se respeta si existen órdenes de prisión arbitrarias y desproporcionadas.

En el marco nacional, la privación provisional de libertad tiene el mismo tratamiento legal que a nivel internacional. La Constitución de la República del Ecuador (2008), dentro de las garantías básicas de un proceso, dispone la obligación de los jueces de aplicar, con prioridad, medidas cautelares alternativas. Además, deja claro que la privación de libertad nunca es la regla, sino la excepción.

Por tanto, el carácter excepcional de la prisión preventiva es evidente y conlleva su utilización como medida de ultima ratio para no afectar ilegítimamente el derecho a la libertad ambulatoria de la persona procesada.

- Temporal

La prisión preventiva es estrictamente temporal y, doctrinariamente, la razonabilidad del tiempo durante el cual una persona está afectada por esta medida cautelar es evaluado en relación con el hecho por el que se encuentra detenida (La Rosa, s.f.).

A nivel internacional, la Corte IDH ha señalado que los límites temporales de la prisión preventiva son fundamentales para restringir las facultades estatales que permiten asegurar los fines del proceso a través de esta medida cautelar (Caso Barreto Leiva vs. Venezuela, Serie C No. 206, 2009, párr. 119). Especialmente, porque si la prisión preventiva sería permanente, el poder punitivo del Estado se desbordaría sin límite ya que las justificaciones adecuadas respecto a la necesidad del mecanismo cautelar personal desaparecerían por exceso de tiempo y lo convertirían en una medida arbitraria e ilegítima.

A nivel nacional, la prisión preventiva tiene una duración precisa en función de la pena privativa de libertad prevista para los delitos: si la sanción es de 1 a 5 años, la medida cautelar dura máximo 6 meses; y si es mayor, su duración es de 1 año. El plazo para que opere la caducidad de esta medida se cuenta desde la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva que, una vez caducada queda sin efecto y el juzgador debe ordenar la inmediata libertad del procesado (COIP, 2014).

De acuerdo con la temporalidad de la medida cautelar, cabe resaltar que la prisión preventiva no debe extenderse obligatoriamente durante todo el plazo legalmente previsto, sino que debe limitarse a la estricta necesidad de la obtención de un elemento de convicción, por ejemplo, en el caso que la persona detenida pudiera poner en peligro la obtención de una evidencia. En este sentido, al no ser indefinida la prisión preventiva, es posible que sea revocada, sustituida y suspendida en situaciones concretas. Es decir que, también goza de la característica de variabilidad.

La prisión preventiva puede ser revocada, además de por caducidad, si ya no existen los indicios o elementos de convicción que motivaron su aplicación, si al sujeto sobre quien recayó se le ratificó la inocencia o se le sobreseyó, o si existe alguna declaratoria de nulidad que le afecta (COIP, 2014, art. 535).

Asimismo, puede ser sustituida por medidas cautelares alternativas, siempre y cuando no haya sido ordenada en un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a 5 años, bajo condición de dejarlas sin efecto en caso de incumplimiento (COIP, 2014, art. 536).

Finalmente, la medida cautelar en estudio puede ser suspendida si la persona procesada rinde caución (COIP, 2014, art. 538). Es decir, si entrega dinero o bienes propios o de un

garante, para certificar su presencia al proceso. En caso de ausencia del sujeto procesado a la audiencia de juicio, la caución dada se ejecuta y el juzgador ordena prisión preventiva en su contra (COIP, 2014, art. 547).

- Restrictiva

La prisión preventiva únicamente puede ser dictada con fines procesales concretos y es objeto de una interpretación restrictiva puesto que las disposiciones de la norma penal, de acuerdo al ya mencionado principio de legalidad, no pueden ampliarse más allá de lo mencionado en la ley.

Según Vélez Mariconde (1982), la norma jurídica constituye una norma límite que expone los casos precisos y las condiciones de cumplimiento obligatorio que habilitan el ejercicio de la potestad jurisdiccional estatal para sacrificar, en determinada medida, la libertad individual.

En este sentido, la privación de libertad preventiva solo es admitida de acuerdo a las causas fijadas en la ley y con arreglo al procedimiento ahí mismo determinado (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). Las extensiones conceptuales o analógicas en el ámbito penal, y específicamente en el campo de la prisión preventiva, no son posibles por vulnerar el principio de legalidad y afectar injustamente el ejercicio de derechos.

Analizadas ya las características de la prisión preventiva, es ahora importante profundizar respecto al principio transversal de esta medida cautelar: el principio de proporcionalidad.

La legítima aplicación de la prisión preventiva se construye a través de un juicio de proporcionalidad entre los elementos de convicción de los que se dispone para fundamentar la medida, los hechos materia de la investigación y la medida en sí misma (Corte Europea de Derechos Humanos, Case of Ladent v. Poland, 2008). De ahí que, el principio de proporcionalidad

es necesario, sobre todo, para la emisión de una decisión racional, motivada y correctamente fundamentada que, nuevamente según las Reglas de Mallorca (1991-1992), considerará, entre otros, la gravedad del delito materia de litigio, la sanción penal prevista para el tipo penal y los efectos de la medida cautelar a adoptar.

El principio de proporcionalidad abarca simultáneamente a 3 subprincipios:

- Adecuación

La prisión preventiva –o cualquier medida cautelar a aplicar- debe ser el mecanismo objetivamente más idóneo para asistir al fin legítimo del proceso y para contrarrestar de la forma más eficaz el peligro o riesgo procesal que se trata de evitar (Sánchez, 1997). Por tanto, este subprincipio complementa la característica fundamental de instrumentalidad o accesoriedad de las medidas cautelares, analizada previamente, al estar relacionado con el cumplimiento del fin procesal.

La orden de encarcelamiento preventivo no puede obedecer a finalidades distintas de aquellas que están previstas en los cuerpos normativos. Caso contrario, la afectación al derecho fundamental de libertad (en razón de cualquier interés) carecería de motivación y convertiría a la medida cautelar impuesta en un mecanismo arbitrario e ilegítimo (Sánchez, 2017).

En consecuencia, la prisión preventiva solamente debe ordenarse cuando sea el mecanismo idóneo para asegurar efectivamente el proceso penal, sino su aplicación desbordaría los límites legales establecidos y, en consecuencia, acarrearía vulneración de derechos.

- Necesidad

La prisión preventiva solamente puede imponerse en tanto sea indispensable para satisfacer los objetivos legalmente previstos, siendo el único medio para asegurar el proceso (la Rosa, s/f). Requiere de la búsqueda preliminar de mecanismos menos gravosos que posibiliten un óptimo desarrollo del proceso penal sin que materialicen necesariamente una afectación al derecho fundamental a la libertad ambulatoria (González, 2013).

Es decir que, verificadas las distintas alternativas que ofrece –o debería ofrecer- el ordenamiento jurídico, se elige primero aquella que restringe de forma menos intensa los derechos. Únicamente se considera la medida más grave si es rigurosamente necesaria para evitar que el proceso sea ilusorio y para lograr que cumpla con su finalidad, que no puede alcanzarse con mecanismos diferentes igualmente idóneos, pero menos lesivos.

En relación a esto, la Corte IDH ha enfatizado:

La obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. (Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador, Serie C No. 35, 1997, párr. 77)

De modo que, la prisión preventiva es necesaria exclusivamente mientras existen riesgos procesales y en situaciones en las cuales las medidas personales alternativas son insuficientes para asegurar el proceso.

- Proporcionalidad en sí mismo o prohibición de exceso

Este subprincipio debe entenderse como “la equivalencia entre la intensidad de la medida de coerción y la magnitud del peligro procesal” (Oré, 2006) o entre los derechos de las partes procesales y los fines perseguidos en el proceso.

Exige la consideración y el análisis de la gravedad de la posible consecuencia penal del caso concreto, de tal forma que la pérdida anticipada de libertad -producto de la imposición de prisión preventiva- únicamente sea posible si es previsible una pena de prisión (Sánchez, 1997). De no ser así, este mecanismo cautelar resultaría excesivo e injustificable porque implicaría el encarcelamiento anticipado de una persona que – ni aun resultando culpable- sería merecedora de dicha sanción.

En palabras de la Corte IDH (2007), se trata de:

Una relación racional entre la medida cautelar y el fin perseguido, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción. (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, párr.93)

Además, comprende una conciliación entre el derecho del individuo a no ser injustamente encarcelado de forma anticipada y el interés social de no permitir la impunidad del delincuente. Especialmente, porque si se transgrede el límite existente entre la lucha social contra el delito y los derechos del procesado, la medida preventiva se convierte en una pena que sacrifica excesivamente derechos individuales, y la finalidad de seguridad prevista se transforma en un rigor innecesario (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, 1999).

Así, la proporcionalidad permite clarificar la importancia del equilibrio racional entre el daño que se origina a partir de la privación de libertad anticipada de la persona procesada y el bien que se causa al proceso y a la víctima.

Finalmente, por todo lo expuesto, se concluye que la regla a aplicar en los procesos penales es la libertad. Es decir, que las personas procesadas deben poder defenderse en pleno ejercicio de su derecho a la libertad ambulatoria y, excepcionalmente, deben ser privadas temporalmente de él, para precautelar la eficacia de la decisión jurisdiccional.

De acuerdo a Carrara (s.f.), citado por Finzi (1952), el Estado debe prever tanto los mecanismos para lograr que la punición corrija, como las herramientas para impedir que la prevención corrompa (5). Por tanto, la prisión preventiva necesariamente debe ser limitada a situaciones específicas, necesarias y proporcionales, caso contrario, el encarcelamiento masivo con la posible intención de “aumentar” la seguridad y prevenir la delincuencia, por ejemplo, sería claramente una modalidad de prevención que corrompe.

Para comprender adecuadamente los criterios bajo los cuales es posible, idóneo y adecuado solicitar, dictar y aceptar el encarcelamiento provisional de una persona sin sentencia condenatoria, el siguiente apartado se dedica exclusivamente a un detenido análisis al respecto.

### **1.1.2.3. Presupuestos que habilitan la privación preventiva de libertad**

Por un lado, los jueces de garantías penales no deben olvidar que el riesgo que presenta una cárcel, en todos los sentidos, debe ser únicamente experimentado por quienes aún gozan de su presunción de inocencia, solo cuando se cumple el presupuesto de existencia de riesgo de fuga u ocultamiento de pruebas de otros delitos (Beccaria, 2015).

Doctrinariamente, la existencia de un riesgo de fuga de cierta intensidad, es imprescindible para permitir al juez ordenar prisión preventiva (Rojo, 2016). Es decir, solo una valoración integral de las circunstancias peculiares del caso, que incitan al procesado a ausentarse durante el procedimiento judicial, puede motivar a que la persona procesada no tenga la posibilidad de defenderse en libertad.

Según Pérez (2014), la acreditación del peligro procesal de fuga no debe centrarse en consideraciones subjetivas sino en aspectos concretos y demostrados en el caso. El punto de partida

para evaluar el riesgo procesal son los indicios (aportados por el fiscal) que constituyen hechos plenamente demostrables que justifican la orden de prisión preventiva y fundamentan el peligro de fuga (suficientemente probable) del sujeto procesado (Krauth, 2018).

A pesar que, teóricamente, corresponde a Fiscalía la acreditación de los presupuestos de admisibilidad de prisión preventiva, en la práctica judicial el fantasma jurídico de arraigo social debilita esa carga de la prueba (Krauth, 2019). Contraviniendo totalmente el principio de legalidad, el peligro de fuga no se acredita, sino que se desvirtúa por la defensa del procesado, a través de documentos que intentan demostrar la existencia de vínculos permanentes entre el imputado y la comunidad, para garantizar – o pretender garantizar- que no existe un peligro de evasión de justicia y que, por tanto, la persona procesada tendrá un comportamiento responsable para que exista la certeza de que comparecerá durante toda la sustanciación del proceso penal en su contra (Monroy, 2016).

Por otro lado, con el objetivo de tener más presupuestos normativos que indiquen con claridad el análisis que debe realizarse para que una medida de prisión preventiva sea considerada oportuna y legítima, adicional al riesgo de fuga, el acto delictivo debe haber sido probado en el mundo de los fenómenos, la sanción prevista para el tipo penal debe ser superior a un año y la persona vinculada al delito debe tener calidad de autor o cómplice (Ramírez, 2014).

Todos estos presupuestos, enteramente aplicables a la realidad jurídica ecuatoriana, se analizarán con detenimiento bajo la consideración que el bagaje normativo nacional establece una especie de distinción, no siempre percibida, entre los presupuestos de solicitud y de procedencia de prisión preventiva. Los primeros le corresponden al fiscal y los segundos al juzgador.

- Requisitos de la solicitud de prisión preventiva

El Código Orgánico Integral Penal (2014), establece en el artículo 534 los requisitos legales para que la prisión preventiva sea solicitada correctamente y cumpla con las finalidades para las que fue prevista. A continuación, se señalan los requisitos ordenados en el cuerpo legal y se realiza un análisis explicativo de cada uno de ellos.

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

Es el equivalente al analizado *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. El fiscal debe demostrar efectivamente que un delito de ejercicio público de la acción ha sido perpetrado.

2. Elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice de la infracción

El fiscal debe presentar elementos suficientes que permitan al juzgador tener la convicción puntual de que la persona, sobre quien se pretende que recaiga la prisión preventiva, es realmente quien cometió la infracción o quien colaboró con su realización.

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

Es el equivalente al mencionado *periculum in mora* o peligro en la demora. El fiscal tiene la obligación de presentar elementos que permitan creer al juez que la persona procesada se ausentará del proceso a menos que se le mantenga privada de libertad. Es decir que, por ejemplo, debe presentar indicios de que el dispositivo de vigilancia electrónica (que permite saber todo el tiempo en dónde se encuentra la persona) será

insuficiente junto con el arresto domiciliario y la prohibición de salida del país, para asegurar el principio procesal de inmediación.

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

Este requisito es el de más fácil cumplimiento, en virtud que el fiscal únicamente debe remitirse a la normativa correspondiente, que es el COIP, y señalar la pena privativa de libertad impuesta para el delito por el cual se pretende procesar a una persona. Si es superior a un año, el requisito automáticamente está cumplido.

Adicional al acatamiento de todos estos requerimientos, es imprescindible la debida fundamentación de la solicitud, en la que el fiscal debe exponer todos los hechos del caso que permitirán al juez deducir la licitud de la medida cautelar personal en trámite y habilitar su procedencia.

Se debe tener presente que la obligación de motivación del fiscal es el espejo de la que tiene también el operador de justicia. Si Fiscalía, por un lado, debe presentar todos los hechos que permiten la obtención de una conclusión jurídica específica; el tribunal jurisdiccional o el juez unipersonal debe también motivar las razones por las cuales considera a la prisión preventiva como una medida proporcional, necesaria, adecuada e idónea. Solo así se respetan las garantías del debido proceso.

- Procedencia de la prisión preventiva

Si bien en el ordenamiento jurídico nacional no se hace el mismo listado de requisitos para la adecuada orden de prisión preventiva, se entiende que el juzgador, además de verificar el cumplimiento de todos los requisitos en la solicitud del fiscal, debe aplicar los principios que rigen

las medidas cautelares, con especial énfasis el principio de proporcionalidad, para que la medida ordenada sea legítima. Sobre todo, porque los principios operan como parámetros básicos que, al guiar el desarrollo del proceso judicial y la actuación de los sujetos procesales (Giacomette Ferrer, 2003) evitan un desbordamiento del *ius puniendi* estatal, materializado en arbitrariedades y abusos en las decisiones de órganos jurisdiccionales.

Según la normativa nacional interna, antes de imponer prisión preventiva, el operador de justicia tiene también la obligación de evaluar el incumplimiento o acatamiento de las medidas alternativas, en caso que hayan sido otorgadas con anterioridad (COIP, 2014). Si fueron ordenadas por el juzgador e incumplidas por el sujeto procesado no puede recurrirse nuevamente a ellas.

En el Código Orgánico Integral Penal se prevén las situaciones de improcedencia de prisión preventiva, según las cuales, en delitos de ejercicio privado de la acción, contravenciones y delitos con penas inferiores a un año de privación de libertad, es totalmente improcedente el encarcelamiento preventivo. Esto tiene su razón de ser en la medida que el equilibrio, entre el hecho imputado y la violencia estatal que se ejerce como medio de coerción, nunca sería justificado en esos casos (Rojo, 2016), por lo desproporcional y excesivo.

Adicionalmente, por lo mencionado en líneas anteriores, la acreditación del arraigo social es también ocasionalmente entendido como una causal de improcedencia de prisión preventiva en el Ecuador. Esta figura, que contraviene el principio de legalidad, tiene especial relevancia en el ámbito de los delitos flagrantes, donde se cuenta con un tiempo muy limitado para conseguir documentos que permitan su acreditación, entre otros, en razón de la prontitud con la que debe realizarse la audiencia que resuelve la situación jurídica de la persona aprehendida (Krauth, 2018). Por tanto, es el ámbito donde pueden existir mayores vulneraciones al debido proceso.

Con el objetivo de comprender integralmente el manejo de la aplicación de la prisión preventiva en delitos flagrantes, el siguiente subcapítulo se consagra a ello.

## 1.2. El delito flagrante

### 1.2.1. Breves antecedentes históricos y aproximaciones dogmáticas del delito flagrante

En razón que la información relacionada con los antecedentes históricos del delito flagrante no es extensa, a continuación se ofrece un pequeño recuento.

Históricamente, las primeras referencias al delito flagrante surgieron en Roma, bajo las figuras *manifestum* (flagrante) y *no manifestum* (no flagrante), donde la primera era punible de oficio y de forma más severa debido a la culpabilidad evidente y el sentimiento más intenso de venganza (Haro, 2015).

En la ley de las XII Tablas, según Gayo (1845), citado por Brito (2016), la Tabla octava contemplaba la figura de flagrancia en la sección de regulación de delitos o injurias, y específicamente el *furtum manifestum* o hurto flagrante, permitía la detención inmediata y privación provisional de libertad del sujeto sorprendido en la ejecución de la acción delictiva, sin orden previa del magistrado o pretor (Manzini, 1996).

Adicionalmente, de acuerdo a Magallón (2000), citado por Brito (2016), la calidad del individuo aprehendido era extremadamente relevante para la determinación de la pena a adjudicar. Si se trataba de un hombre libre la pena era de flagelación, y si se trataba de un hombre esclavo, era de ejecución. Así, para realizar la primera sanción, en el Derecho Romano se constituyó el

*flagrum*, un instrumento de suplicio específico para tal finalidad, que actualmente permite también su asociación directa con el término flagrante (Díaz de Lion, 2004).

Expuestos brevemente los antecedentes históricos, se profundiza a continuación respecto al concepto de flagrancia en la actualidad.

Según el Diccionario Inverso de la Real Academia Española (DIRAE), el origen etimológico del término flagrante se encuentra en el latín *flagrans*, del verbo *flagare*, que significa estar en llamas, arder, resplandecer. De acuerdo a Escriche (s.f.), citado por Córdova (1953), la flagrancia hace referencia a un acto que se ejecuta actualmente, en el preciso momento, y es observado por varios testigos al mismo tiempo de su comisión.

Todo delito en general es flagrante para quien está presente en el momento de su comisión. Esto quiere decir que la flagrancia no es un modo de ser del delito en sí, sino del delito respecto a una persona; y, por eso, una cualidad absolutamente relativa; el delito puede ser flagrante respecto a Ticio y no flagrante respecto a Cayo. (Carnelutti, 1950, p 77)

Por ello, como todo delito tiene en algún momento su actualidad, la flagrancia no es únicamente la actualidad de la conducta, sino también su visibilidad. De ahí la relación con el verbo *flagare*, que sugiere la idea de un delito que se ve arder o resplandecer, en el momento exacto en el que está cometándose.

Martín Morales (1999) indica que para que exista flagrancia delictiva es imprescindible la existencia de un sujeto que la percibe en el momento de su realización, una evidencia sensorial y una real perpetración del hecho; descartando por insuficientes a las presunciones y a la mera sospecha. Adicionalmente, San Martín Castro (2004) señala que la flagrancia delictiva es la condición previa que legitima la detención policial sin orden judicial. En efecto, la persona encontrada *in fraganti* en la comisión del delito puede ser detenida inmediatamente, por la naturaleza del acto que realiza.

En razón de lo expuesto, se entiende que el delito flagrante constituye la realización de una conducta prohibida cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de ejecución.

Para comprender mejor esta modalidad singular en la que Fiscalía (titular del ejercicio de la acción penal) conoce de la comisión de una conducta delictiva, se explica en el siguiente apartado las especificidades necesarias.

### **1.2.2. Particularidades del delito flagrante**

A nivel doctrinario, el delito flagrante conlleva tres características constituyentes fundamentales. En primer lugar, para que exista, es necesario que se haya consumado. Es decir, que la acción u omisión punible se haya manifestado objetivamente en la realidad como efecto de la intención del autor (Maier, 2011).

Doctrinariamente, la sola tentativa no es suficiente para que una persona resulte aprehendida bajo el criterio de flagrancia. Cabe mencionar, sin embargo, que en este punto existe una discordancia con la legislación y práctica interna ya que, en este ámbito, no es necesaria la consumación del acto, razón por la cual también se tramitan en procesos flagrantes delitos cometidos en modalidad de tentativa, sin que exista un resultado visiblemente real del injusto penal (COIP, 2014).

En segundo lugar, en delitos flagrantes es imprescindible la identificación directa o indirecta del autor, lo que significa reconocer al individuo que momentos antes ha cometido la infracción. Se trata de una identificación directa si la persona que ha aprehendido al autor ha observado con sus propios sentidos la consumación del delito, y se trata de un reconocimiento indirecto si a través de la versión de las personas que presenciaron el delito se logra determinar a su autor (Ortega, 2013).

En tercer lugar, el delito flagrante requiere que su consumación se haya producido en presencia de una o más personas y que su autor haya sido descubierto inmediatamente. La inmediatez presupone un periodo muy corto de tiempo, que si se incumple acarrea la falta de idoneidad para que el delito califique como tal (Donna, 2011). Principalmente, porque borra los vestigios de la infracción y produce, en consecuencia, una certidumbre incompleta en el juzgador (Albán, 2003) que le hace considerar a la persona aprehendida como sospechosa y no como autora.

La doctrina procesal penal distingue entre inmediatez temporal y personal. La primera, implica el cometimiento del delito en ese mismo momento o instantes antes, persiguiendo y encontrando al autor del ilícito inmediatamente después de la comisión (Espinoza, 2016). La segunda, refiere que el sujeto activo de la conducta punible debe ser encontrado en el lugar de los hechos o, al menos cerca, para que sea posible inferir su participación (Palomino, 2008).

En razón de esta distinción de inmediatez, la doctrina procesal penal propone tres tipos de flagrancia:

- Flagrancia en estricto sentido

Se configura si el sujeto es sorprendido en la comisión del delito (Manzini, 1996). La inmediatez temporal y personal son precisas, actuales.

- Flagrancia impropia o cuasi flagrancia

Existe mientras el autor del delito es perseguido, desde el lugar de los hechos, por quien le observó cometiendo la infracción (Clariá Olmedo, 1998). Puede decirse que el sujeto es encontrado justo después de haber ejecutado el delito, por lo que la inmediatez temporal y personal son “inmediatamente posteriores”.

- Presunción de flagrancia

El sujeto no ha sido encontrado ejecutando el delito ni huyendo del lugar de su comisión. Sin embargo, posee evidencia (objetos, rastros) que permite inferir la comisión reciente de la conducta prohibida y su vínculo con la acción (Clariá Olmedo, 1998). Por tanto, es posible considerarlo como partícipe del hecho delictivo aún sin inmediatez temporal ni personal actuales.

Finalmente, en vista que el COIP (2014) entiende que una persona se encuentra en situación de flagrancia si

Comete el delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida. (Art.527)

La concepción de flagrancia y delito flagrante prevista en la normativa ecuatoriana recoge los tres tipos de flagrancia analizados y corresponde con todo lo expuesto, excepto las salvedades que fueron oportunamente enunciadas.

### **1.2.3. Proceso de flagrancia en el sistema procesal penal ecuatoriano**

A nivel nacional, el Código Orgánico Integral Penal (2014), dispone que en los casos de infracción flagrante debe realizarse una audiencia oral ante un juez competente, dentro de las 24 horas desde que el sujeto fue aprehendido, para calificar la legalidad de la aprehensión. En esta misma audiencia, se determina el proceso correspondiente y, de ser necesario, el fiscal formula cargos y solicita las medidas cautelares pertinentes.

Para comprender integralmente esta disposición del cuerpo normativo nacional, debe analizarse el proceso del delito flagrante y los diversos procedimientos que pueden adoptarse.

- Proceso penal por delito flagrante

El proceso penal por delito flagrante inicia con una audiencia de calificación de flagrancia. En ésta, un juez de garantías penales verifica varios aspectos: que el acto cometido que motivó a la aprehensión esté realmente tipificado en la ley como una infracción, que la aprehensión se haya efectuado dentro de las 24 horas establecidas, que no hayan transcurrido más de 24 horas desde la detención del sujeto hasta la audiencia, que se le haya informado al detenido sus derechos y que no haya sido víctima de tratos crueles, inhumanos o degradantes durante su aprehensión (Haro, 2015). Si no se comprueba la concurrencia de todas estas circunstancias, el juez dispone la libertad del aprehendido, sin perjuicio de la continuación del proceso por vía ordinaria.

Posteriormente, calificada la flagrancia y la legalidad de la detención, el fiscal expone el caso basándose en el parte realizado por los agentes de la policía nacional, el mismo que detalla las circunstancias de la aprehensión y las evidencias encontradas en poder del sujeto aprehendido, con el objetivo de justificar el inicio de la instrucción fiscal. De ser necesario, el representante de Fiscalía solicita medidas cautelares, siguiendo todas las reglas legales (expuestas ya con anterioridad en el primer subcapítulo) y el juzgador se pronuncia sobre ellas, después de escuchar a la víctima (si está presente), a los agentes policiales (si considera necesario) y al detenido directamente o a través del defensor público o privado (Haro, 2015). Finalmente, la audiencia concluye y se notifica a los sujetos procesales.

En cualquier delito flagrante la instrucción fiscal tiene una duración de 30 días, máximo de 60 días si existe vinculación a la instrucción o reformulación de cargos (COIP, 2014, art. 592 num.2).

El delito flagrante se tramita exclusivamente en Unidades de Flagrancia, que son instituciones que operan a tiempo completo, bajo un sistema rápido y expedito que aplica procedimientos especiales y salidas alternativas al conflicto penal, para acelerar las decisiones

jurisdiccionales (Touma, 2017). Su finalidad principal es evitar la caducidad de la detención de las personas aprehendidas *in fraganti*.

- Procedimientos posibles
  - Procedimiento directo (COIP, 2014, art. 640)

Este tipo de procedimiento concentra todas las etapas del proceso en una sola audiencia. Procede exclusivamente en delitos flagrantes que prevén una pena privativa de libertad de hasta cinco años y que cuantifican a la propiedad (en el caso de delitos contra la propiedad) en un máximo de 30 salarios básicos del trabajador en general.

En la sustanciación del procedimiento directo actúa un juez unipersonal, la audiencia de juicio tiene lugar máximo diez días después de la calificación de flagrancia y puede terminar con una sentencia tanto condenatoria como ratificatoria de inocencia (a diferencia del procedimiento abreviado, que se analiza enseguida).

- Procedimiento abreviado (COIP, 2014, arts. 635-639)

Es el procedimiento que puede proponerse por Fiscalía desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, y puede adoptárselo sin necesidad de realizar una nueva audiencia.

El procedimiento abreviado opera tanto en delitos flagrantes como no flagrantes, siempre y cuando tengan prevista una pena privativa de libertad menor o igual a 10 años. Requiere de un acuerdo sobre la calificación jurídica del hecho punible y la pena, entre Fiscalía y la persona procesada. La sanción sugerida no puede ser menor a un tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal y la aceptación de la sanción y del delito, por parte del sujeto aprehendido, deber ser completamente libre.

El operador de justicia tiene la facultad de aceptar o rechazar el pedido de aplicación de este procedimiento especial. En caso de aceptarlo, dicta una sentencia que condena al individuo a cumplir una pena que, de ninguna manera, puede ser superior a la sugerida por el fiscal. En caso de rechazarlo, ordena que el proceso penal se sustancie en trámite ordinario.

Independientemente del procedimiento que se aplique en el trámite de un delito flagrante, la priorización de los principios de eficacia y celeridad judicial son objetivos principales ya que el Estado pretende responder, en gran medida, a la concepción social de efectividad del sistema penal, directamente dependiente de la inmediatez de la pena (Zalamea, 2012).

Sin embargo, dogmática y normativamente, incluso el sujeto que ha sido atrapado *in fraganti*, es jurídicamente inocente hasta que no exista una sentencia firme que lo contradiga (Llobet, 2001). Por lo tanto, es indiscutible que en las Unidades de Flagrancia, los operadores de justicia deben ser sumamente cuidadosos de modo que los principios priorizados sean alcanzados, pero sin sacrificar abusivamente derechos del procesado.

Lo deseable es que exista la responsabilidad tripartita, propuesta en líneas anteriores, entre el operador de justicia, el fiscal y defensor público, que tienen el deber de evaluar la existencia real de indicios que incriminan al sujeto detenido, sobre todo cuando se trata de medidas cautelares que deben ser ordenadas para garantizar los fines del proceso.

En el caso de delitos flagrantes, por su propia naturaleza, parece posible hablar de una tendencia de presunción de culpabilidad del imputado y de requisitos y presupuestos – automáticamente- cumplidos, que motivan la utilización de, entre todas las medidas cautelares, la prisión preventiva. Según Llobet (2001), en la práctica es común que tan pronto como se inicie el

proceso penal en contra de una persona, la presunción de inocencia muta a presunción de culpabilidad y, consecuentemente, el Estado ordene privaciones de libertad preliminares para asegurar el respeto de la justicia impartida.

De ser este el panorama, la predilección general del encarcelamiento provisional, existirían órdenes de prisión preventiva desproporcionales, ilegítimas e innecesarias, a través de las cuales varias personas estarían en prisión, en palabras de Zaffaroni (2014), “por nada y para nada”. (3)

Para conocer con exactitud lo que sucede en la práctica judicial ecuatoriana, en el siguiente capítulo se realiza una investigación de campo en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito.

## **II. LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DELITO FLAGRANTE EN EL PERIODO JULIO-DICIEMBRE DE 2019, EN EL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO**

### **2.1. Análisis de 94 expedientes de las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito en los cuales se dictó prisión preventiva**

Con el objetivo de conocer la aplicación práctica de la prisión preventiva, en esta parte específica de la investigación se realiza un estudio cuantitativo y cualitativo, a través de un análisis estadístico de los procesos existentes en las Unidades de Flagrancia de Quito (tanto en la de Quitumbe como en La Mariscal) en el periodo de julio a diciembre del año 2019, y los resultados que arroja.

Para lograr dicho propósito, cuatro variables de estudio han sido establecidas: variable de proporcionalidad, variable de existencia de peligro procesal de fuga, variable de arraigo social y variable de suficiencia de elementos de convicción.

Antes de explicar cada una de las variables en mención, debe conocerse que de acuerdo al Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020), en el periodo de tiempo señalado existieron 799 causas ingresadas a flagrancia. En todas estas, sin excepción, se impuso medidas cautelares y, específicamente en 415 casos se ordenó prisión preventiva.

Los criterios de selección a aplicar con el objetivo de realizar el estudio estadístico mencionado, son:

- Casos ingresados en las Unidades de Flagrancia de Quito (La Mariscal y Quitumbe).

La presente investigación centra su análisis en el delito flagrante, delimitado el estudio al cantón Quito, para que a través de datos específicos de los procesos que se encuentran en dichas Unidades de Flagrancia sea posible tener una idea general de la situación de aplicación de prisión preventiva en el Ecuador.

- Casos en los que se dictó medidas cautelares en el periodo de julio a diciembre de 2019. Con el fin de analizar, dentro de un periodo de tiempo representativo, las causas de delitos flagrantes en las que el juzgador ordenó medidas personales preventivas, que son el tema general de este trabajo de investigación.
- Casos en los que se dictó prisión preventiva en el periodo de tiempo de julio a diciembre de 2019.

Para determinar qué causas deben analizarse concretamente para cumplir el propósito específico de esta disertación.

Aplicados los criterios de selección a todo el universo de estudio, la población se reduce a 415 casos. Posteriormente, para realizar el análisis estadístico pertinente, se aplica la siguiente ecuación matemática que permite determinar proporciones poblacionales:

$$n = \frac{N \times Z_a^2 \times p \times q}{d^2 \times (N - 1) + Z_a^2 \times p \times q}$$

Aplicada la fórmula, el tamaño de la muestra resultante es de 94 casos, los mismos que serán escogidos bajo el método de selección aleatoria. El nivel de confianza de los resultados será de 92% y el margen de error de 8%.

Los resultados del análisis realizado sobre la muestra estadística determinada serán de gran utilidad para conocer con certeza la forma de aplicación de prisión preventiva y la similitud o

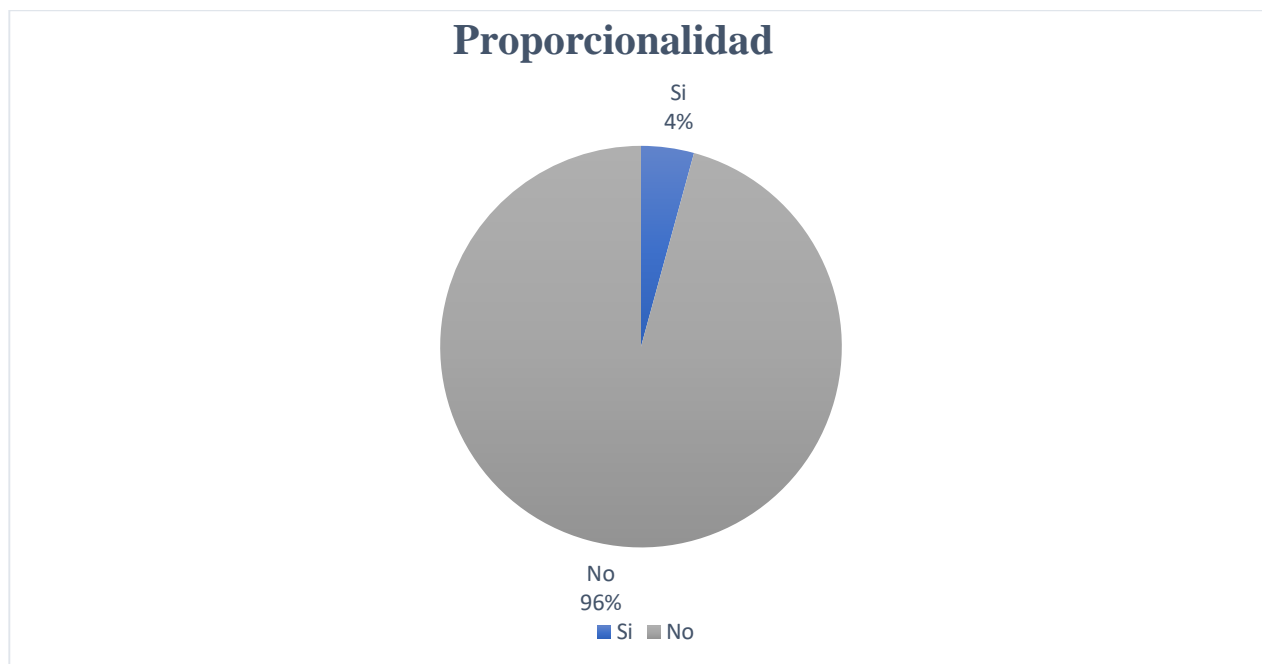
diferencia entre las disposiciones del cuerpo legal (COIP) y la práctica judicial. Adicionalmente, serán útiles para determinar las falencias de los operadores de justicia, de los fiscales y de los defensores públicos, y para proponer respuestas efectivas para corregirlas o, al menos, disminuirlas.

A continuación, se desarrolla cada una de las variables de estudio mencionadas, junto con los resultados arrojados del análisis de los casos:

- Variable de proporcionalidad

Esta variable tiene como propósito determinar el respeto al principio de proporcionalidad, pilar fundamental que debe guiar la imposición de la prisión preventiva. Por tanto, evalúa la adecuación, necesidad y proporcionalidad misma de la medida cautelar personal más grave impuesta por el juzgador en cada caso específico.

En este sentido, la presente variable permite estudiar la existencia de un equilibrio entre los derechos de las partes y los fines del proceso, y la estricta necesidad de esa medida – y ninguna otra alternativa- para lograr el fin buscado. Como producto del análisis de los 94 expedientes tomados como muestra, se obtuvieron los siguientes resultados:

**Gráfico 1:** Proporcionalidad en las prisiones preventivas dictadas

**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

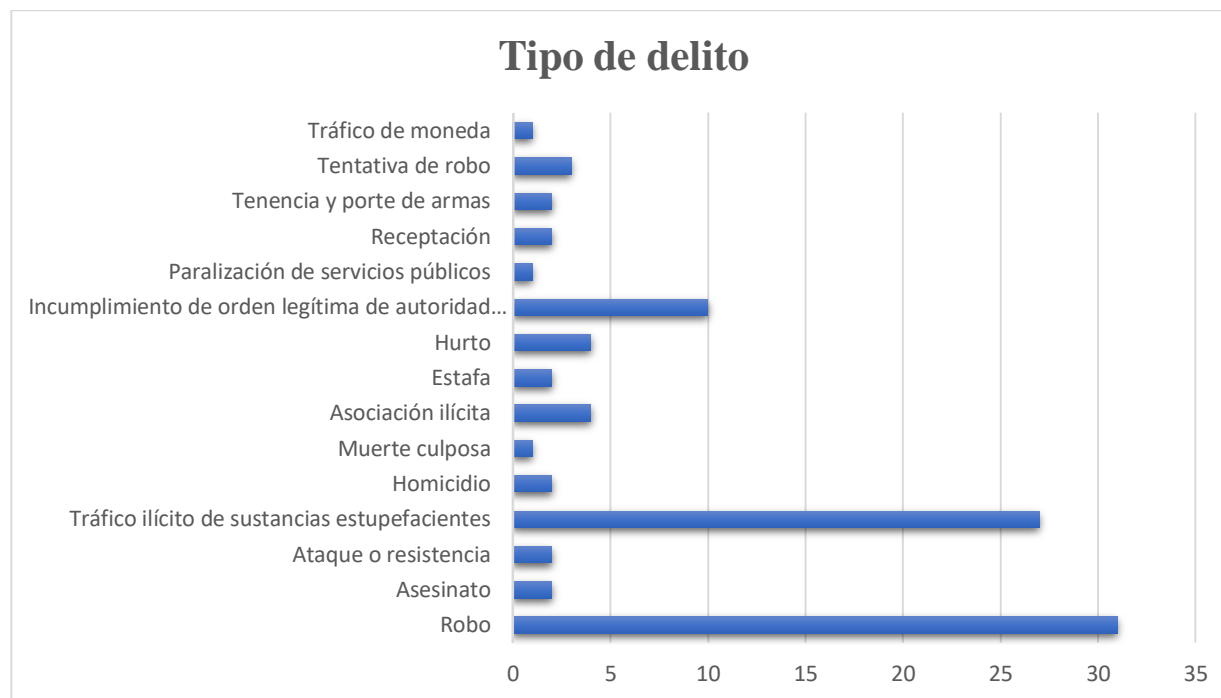
A simple vista es posible identificar que en la mayoría de los casos de flagrancia no se cumple el parámetro de proporcionalidad. De hecho, en el 96% de los casos analizados la prisión preventiva es impuesta indistintamente, sin que sea necesaria ni idónea para precautelar los fines procesales, y sin que exista proporcionalidad entre la infracción cometida y la medida cautelar otorgada.

Se ha dicho que la gravedad del delito puede ameritar, en cierta medida, la imposición de prisión preventiva puesto que, al tener como pena privativa de libertad una cantidad alta de años, el sujeto pasivo del *ius puniendi* del Estado puede verse más motivado a huir del proceso penal: por el riesgo que presenta la estancia en prisión por un largo periodo de tiempo. Así, el peligro

procesal de fuga puede ser más perceptible en estos casos, sin que eso signifique que el número de años de la posible condena es el único factor a tomar en cuenta. El riesgo procesal de fuga tiene varias aristas, por ejemplo, contempla también la posibilidad que la persona procesada tenga los recursos económicos suficientes para cubrir los gastos de su fuga y de su permanencia en un sitio diferente.

A pesar de las diferentes dimensiones del riesgo de fuga, en este apartado únicamente se considerará al número de años de pena privativa de libertad, ya que los casos analizados han permitido determinar los delitos más comunes tramitados en las Unidades de Flagrancia de Quito y, por tanto, su pena otorgada.

Los delitos por los que más se aprehende a las personas para luego procesarlas en flagrancia son: el delito de robo (31 de 94 casos son de este delito, equivalentes al 33%), el tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (27 de 94 casos, equivalentes al 29%) y el incumplimiento de decisiones legítimas de autoridad competente (10 de 94 casos, equivalentes al 11%). Además, en menor grado también se presentan delitos de asociación ilícita (4 de 94 casos, equivalentes al 0,04%), tenencia y porte de armas, ataque y resistencia, homicidio, receptación, estafa, asesinato (2 de 94 casos, equivalentes al 0,02%), muerte culposa, paralización y tráfico de moneda (1 de 94 casos, equivalentes al 0,01%).

**Gráfico 2: Tipo de Delito**

**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

En este orden de ideas, el robo es el delito por el que más se aprehende a las personas en las Unidades de Flagrancia, tiene prevista una pena privativa de libertad de 5 a 7 años y de 3 a 5 años si únicamente se produce con fuerza sobre las cosas. En la mayoría de los casos analizados se ha otorgado una sanción que ronda los 2 años de prisión, generalmente por robo de celulares. Al ser entonces, una sanción privativa de libertad menor a 5 años, es posible solicitar la suspensión condicional de la pena, siempre y cuando el sujeto condenado no sea reincidente, no tenga otra sentencia vigente u otro proceso que se haya resuelto por una salida alternativa y existan elementos suficientes que indiquen que no es necesaria la ejecución de la pena. En estos casos, la persona

declarada culpable del delito puede residir en su domicilio bajo condición de realizar trabajos comunitarios, no salir del país sin autorización judicial previa, entre otros (COIP, 2014, art. 631).

En este sentido, si la mayoría de sentencias de flagrancia son de robo y, generalmente, la pena privativa de libertad impuesta es de aproximadamente dos años, siendo posible su suspensión condicional, resulta desproporcional la imposición de prisión preventiva en contra de los sujetos procesados. Bastaría la imposición de medidas alternativas para asegurar los fines procesales.

Es importante enfatizar la obligación que tiene el operador de justicia de motivar sus decisiones jurisdiccionales y específicamente, de sustentar la proporcionalidad de la prisión preventiva que pretende imponer. En la práctica judicial, en un 91% de los casos analizados, el administrador de justicia no motiva su resolución, únicamente enumera los requisitos señalados en el Art. 534 del COIP (Finalidad y requisitos de la prisión preventiva), afirma que se cumplen y que, por tanto, tiene que ordenar prisión preventiva. Este comportamiento es claramente insuficiente y vulnera, sin lugar a dudas, el debido proceso.

Asimismo, debe recordarse que es también el fiscal quien tiene el deber de motivar su solicitud de prisión preventiva y demostrar, entre otras, la necesidad de la medida cautelar más grave. No obstante, en al menos un 4% de los casos estudiados esta motivación está ausente y el fiscal tiene el mismo comportamiento del juzgador: enlista los requisitos señalados en el cuerpo normativo específico y da por sentado el cumplimiento de cada uno de ellos, sin explicar por qué. En un 5% de los casos, los errores de motivación recaen tanto en los fiscales como en los jueces.

**Gráfico 3:** Error en la motivación de las prisiones preventivas dictadas

**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

Por todo lo expuesto, no existe proporcionalidad en las prisiones preventivas dictadas. La ausencia de necesidad de la medida cautelar para el cumplimiento de los fines procesales y la falta de adecuación y proporcionalidad entre el delito y la medida cautelar impuesta, son graves problemas que terminan afectando los derechos de las partes, sobre todo de la parte procesada, porque vuelven arbitraria la orden de prisión.

De la misma manera, la falta de motivación de las decisiones jurisdiccionales complica aún más la situación ya que evidencia la utilización indiscriminada de la prisión preventiva que no respeta principios ni requisitos legales, sino que se aplica indistintamente, como si se tratase de una medida cautelar de regla y no de excepción.

- Variable de existencia de peligro procesal de fuga

La presente variable estudia la demostración de la posibilidad que el individuo procesado no acuda al proceso penal. Está estrechamente vinculada con el tiempo de pena privativa de libertad a recibir por el delito cometido, por tanto, la explicación al respecto ya está dada en el análisis de la variable de proporcionalidad. En este apartado se pretende analizar si se ha cumplido o no con el requisito de demostración del peligro de fuga, que está en manos del Estado, específicamente de Fiscalía.

La acreditación de este peligro procesal representa uno de los requisitos de la solicitud de prisión preventiva, que debe cumplirse necesariamente para habilitar la imposición de la medida cautelar por parte del operador de justicia, entre otros, porque ninguna medida cautelar alternativa podría asegurar la comparecencia del sujeto implicado al proceso.

En la práctica, los casos analizados han sugerido los siguientes resultados:

**Gráfico 4:** Peligro de fuga en las prisiones preventivas dictadas



**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

En la mayoría de los casos, Fiscalía no demuestra la existencia de un peligro de fuga que, por lo altamente probable, pone en riesgo el correcto desenvolvimiento del proceso y amerita la solicitud de prisión preventiva para retener al sujeto y asegurar el cumplimiento de la pena. Por tanto, en el 96% de los casos, el fiscal no cumple satisfactoriamente con el tercer requisito del artículo 534 del COIP (2014). Es decir, no logra establecer que existen indicios capaces de demostrar que las otras medidas cautelares, tales como el dispositivo de control electrónico, la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad, son insuficientes para precautar el proceso penal, incluso si fuesen impuestos simultáneamente.

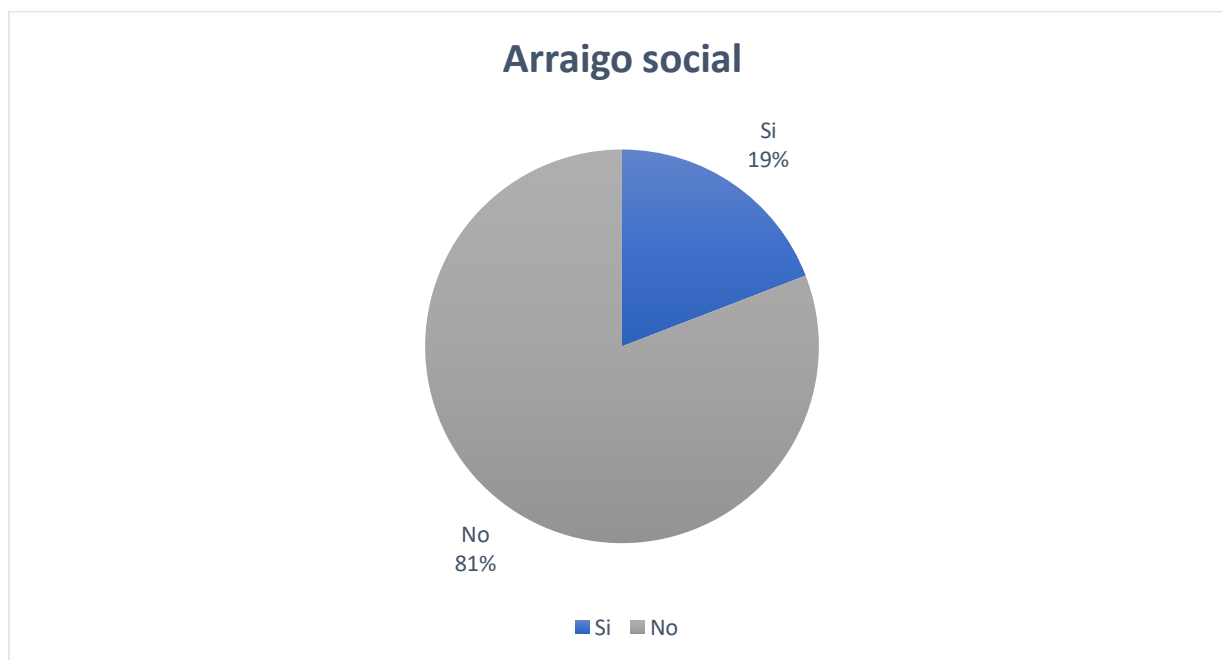
Al incumplirse este requisito por parte de fiscalía, el juzgador que ordena la prisión preventiva vulnera las disposiciones legales – y los derechos del procesado- por dos factores puntuales: primero, acepta una solicitud incompleta que, por no recabar todos los requisitos necesarios, no amerita la imposición de la medida cautelar; segundo, no puede motivar su decisión respecto a la existencia real de un peligro procesal de fuga porque no tiene ningún indicio presentado por el fiscal que le permita llegar a esa conclusión y, a pesar de eso, dicta prisión preventiva.

- Variable de arraigo social

El arraigo social está estrechamente vinculado con el peligro de fuga, pero no es acreditado por el Estado (que va a privar a un ciudadano de un derecho fundamental: la libertad), sino por el mismo sujeto procesado, como una especie de mecanismo para evitar la imposición de prisión preventiva y motivar al juzgador a ordenar medidas alternativas. Esta variable estudia si el arraigo social, aquel cúmulo de vínculos permanentes del sujeto procesado con la comunidad, ha sido

demostrado con el fin de asegurar que la persona comparecerá a toda la sustanciación del proceso penal en su contra.

**Gráfico 5:** Arraigo social demostrado en las prisiones preventivas dictadas



**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

En la práctica judicial, el 19% de los procesados presenta documentos que intentan justificar su futura comparecencia al proceso. Sin embargo, de los expedientes analizados se deduce que no existe una postura unánime de los jueces respecto a la validez de los documentos de arraigo social, que en vista que no está regulado legalmente en el Ecuador, genera interpretaciones enteramente subjetivas de los juzgadores e incertidumbre para las partes procesales, la misma que se concretiza en una vulneración del derecho a la seguridad jurídica.

Producto de la práctica judicial diaria, el arraigo social está determinado por el domicilio del procesado, su lugar de residencia habitual, el domicilio de su familia, sus negocios o trabajo,

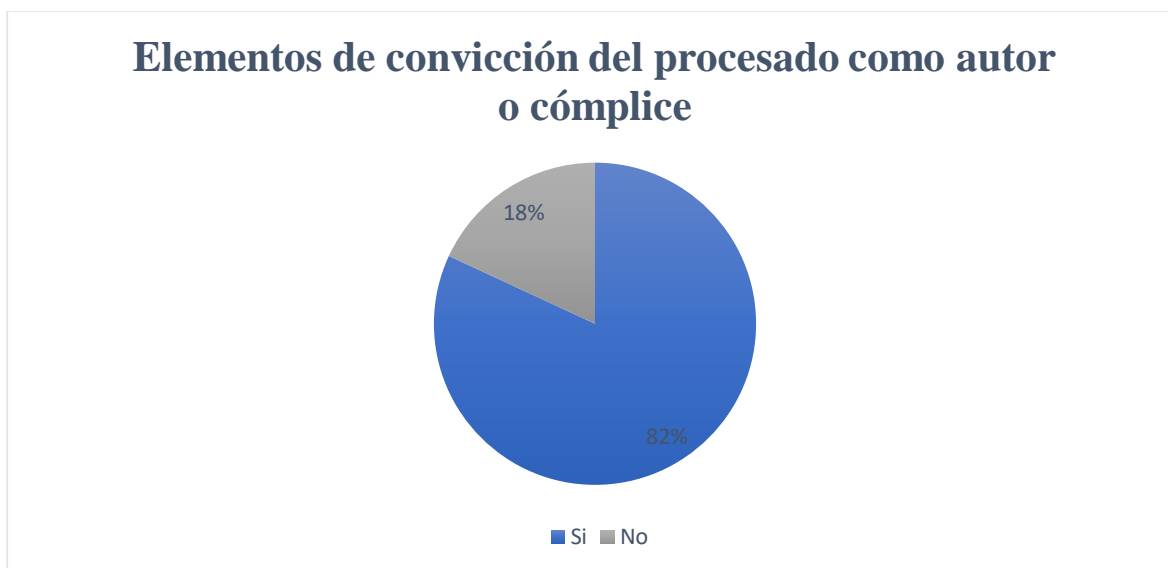
o sus estudios; y la facilidad para abandonar estos lugares, desvincularse de su fuente de ingresos y permanecer oculto para evadir la justicia. Se acredita a través de contratos de trabajo legalizados y certificados laborales del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), partidas de nacimiento de hijos y facturas de pago por su educación, partidas de matrimonio, contratos de arrendamiento, certificados de estudios, certificados de cumplimiento de obligaciones bancarias y de pago de impuestos, entre otros.

Su margen de discrecionalidad es excesivamente amplio. Mientras existen algunos jueces que consideran que ciertos documentos son suficientes para demostrar el arraigo social, otros juzgadores ni si quiera los consideran, por no estar estipulado en la ley. En cualquier caso, los parámetros de imposición o abstención de prisión preventiva se vuelven difusos y generan una inseguridad jurídica sumamente perjudicial en las partes procesales, especialmente en el sujeto procesado, ya que los criterios de evaluación de la documentación de arraigo social se aplican indistintamente, en función del criterio personal que tiene el operador de justicia que conoce la causa. Razón por la cual la persona procesada se encuentra en una situación en la que el poder punitivo del Estado recae con total arbitrariedad.

- Variable de suficiencia de elementos de convicción

Con la presente variable se identifica la existencia de elementos de convicción suficientes, claros y precisos, aportados por Fiscalía para permitirle al juzgador tener por cierta la autoría o complicidad del sujeto procesado. Especialmente, porque sin tenerlos no sería legítima la imposición de ninguna medida cautelar, menos aún de la prisión preventiva.

**Gráfico 6:** Elementos de convicción claros y precisos de la autoría o complicidad del procesado



**Elaboración:** propia

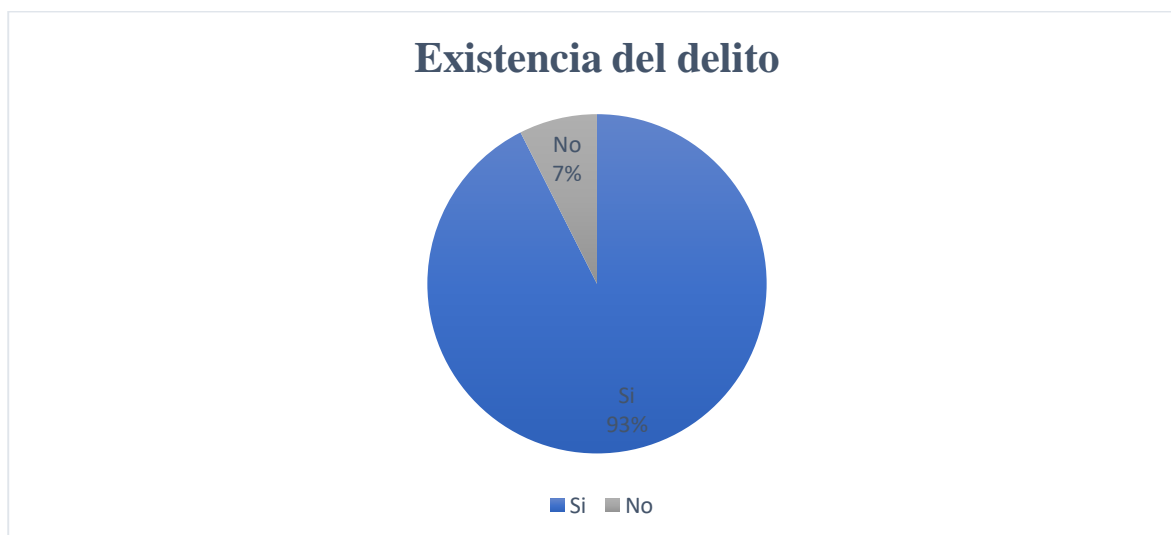
**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

Del análisis de expedientes efectuado, se encontró que en el 18% de casos en los que se dictó prisión preventiva no se acreditó la existencia de elementos de convicción suficientes. Es decir que, en el 18% de los casos el juzgador no tenía elementos suficientes para llegar a la convicción de que el procesado realmente tuvo un grado de participación en el ilícito y, a pesar de eso, dictó prisión preventiva.

En este orden de ideas, es importante mencionar también que en un 7% de los casos analizados no se contaba con elementos de convicción suficientes de la existencia del delito. Por lo que las prisiones preventivas dictadas, sin duda, resultan ilegítimas y vulneran derechos, no solo porque el juzgador no tiene convicción respecto a la participación del sujeto procesado, sino

también porque, en ciertos casos, ni si quiera tiene convicción respecto a la existencia del delito en sí mismo.

**Gráfico 7:** Existencia del delito en las prisiones preventivas dictadas



**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

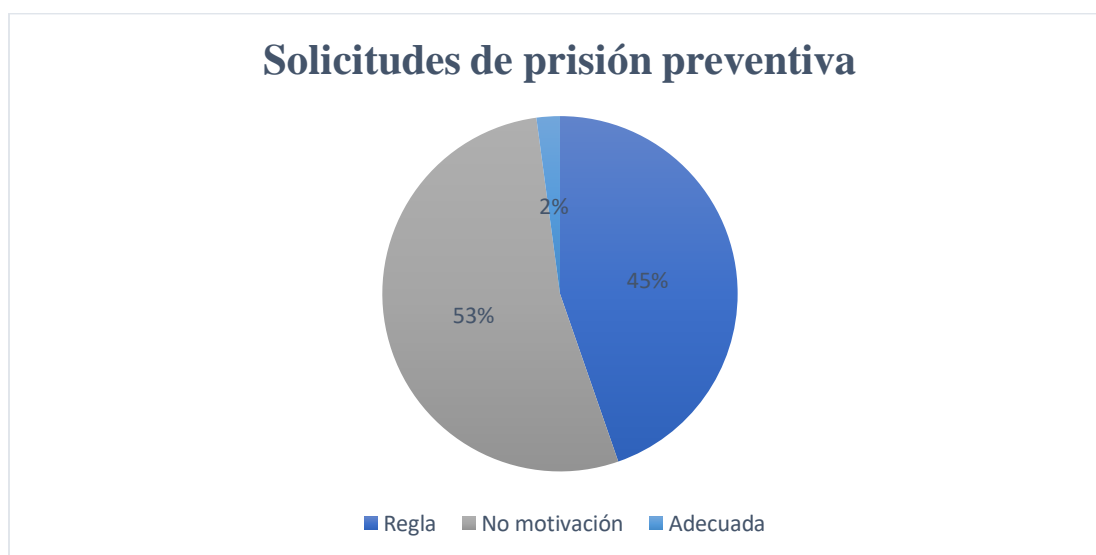
Para culminar la exposición de los resultados del análisis de la muestra de casos de las Unidades de Flagrancia de Quito, se hace ciertas consideraciones respecto a las solicitudes de fiscalía de prisión preventiva y a las órdenes del órgano jurisdiccional de imposición de esta medida cautelar personal.

Por un lado, del análisis realizado se ha logrado comprender que el 45% de las solicitudes de prisión preventiva son emitidas porque el fiscal entiende a esta medida cautelar como una regla general, como una medida de directa aplicación. En la práctica judicial, únicamente si el procesado logra demostrar notoriamente su arraigo social es posible que reciba una medida cautelar sustitutiva. Esta es una práctica aberrante porque, dentro del marco legal, únicamente si el fiscal

logra recabar, entre otros, indicios de existencia de un peligro de fuga es posible solicitar al juzgador la imposición de prisión preventiva (COIP, 2014, art. 534 num.3). En otras circunstancias, siempre debe solicitarse medidas sustitutivas.

Asimismo, el 53% de solicitudes de prisión preventiva carecen de motivación o, si la tienen, es totalmente insuficiente. El fiscal únicamente enumera los requisitos del artículo 534 del COIP, asegura que todos se han cumplido (sin explicar cómo o porqué) y consecuentemente, solicita la medida cautelar personal más grave. Solo un 2% de solicitudes de prisión preventiva pueden considerarse adecuadas por cumplir con todos los requisitos previstos legalmente (presencia de elementos de convicción sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción y sobre la autoría o complicidad de la infracción; indicios de que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes; y que la infracción tenga una pena privativa de libertad superior a un año), correctamente fundamentados y demostrados.

**Gráfico 8:** Consideraciones de las solicitudes de prisión preventiva



**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

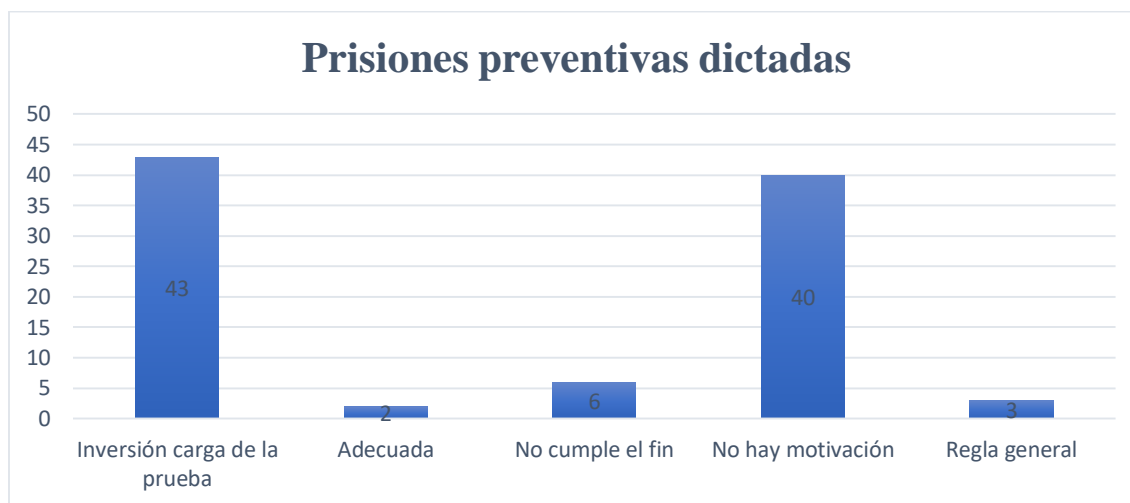
Por otro lado, respecto a las prisiones preventivas impuestas por los juzgadores, al menos un 46% son ejemplos claros de inversión de la carga de la prueba, una situación que coloca al sujeto procesado en un escenario difícil e inseguro, sobre todo en flagrancia, donde tiene muy pocas horas para demostrar su arraigo social si quiere tener la esperanza que el juzgador lo considere suficiente para que pueda defenderse en libertad. Si y solo si, el juez supone que el arraigo social es un factor importante, porque queda a total criterio suyo.

Otro aspecto a analizar respecto a las órdenes de prisión preventiva es que el 40% de ellas no tienen motivación, por lo que vulneran directamente las garantías del debido proceso consagradas en la CRE (art. 76 núm. 7). El juez únicamente enumera los requisitos del artículo 534 del COIP, requisitos que debe cumplir el fiscal para solicitar prisión preventiva y, automáticamente, concluye en la necesidad y proporcionalidad de la medida, sin explicar ni argumentar al respecto. Confundiendo, hasta cierto punto, los requisitos de la solicitud con los "requisitos" para imponer la medida, sin analizar los principios cardinales que legitiman su imposición.

Asimismo, otro dato interesante arrojado de la investigación es que las prisiones preventivas que se dictan en las Unidades de Flagrancia de Quito no cumplen con el fin para el cual fueron dictadas: asegurar la comparecencia del procesado al proceso. Parecería desequilibrado pensar que no se traslada a las personas privadas de libertad preventivamente a las audiencias que tienen dentro del proceso penal en el que se les dictó esta medida cautelar personal, aun siendo correctamente requeridos. Desafortunadamente, es una realidad representada por el 6% de las prisiones preventivas impuestas, en las que la persona privada de libertad no comparece a la sustanciación del proceso penal en su contra porque – a pesar de estar encerrada en una cárcel- no es trasladada por el personal penitenciario encargado.

Dicho esto, queda en evidencia el uso indiscriminado de la prisión preventiva y, además, la irresponsabilidad con la cual los funcionarios públicos asumen sus funciones.

**Gráfico 9:** Características de las prisiones preventivas dictadas



**Elaboración:** propia

**Fuente:** Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ, 2020) y Sistema Informático de Trámite Judicial SATJE.

Con la intención de concretar y ejemplificar las conclusiones generales expuestas, en el siguiente subcapítulo se explican 3 casos puntuales que permiten visibilizar de mejor manera las problemáticas que surgen en torno a la prisión preventiva.

## 2.2. Análisis cualitativo de tres casos específicos de delitos flagrantes en los que se dictó prisión preventiva

Antes de continuar con el análisis respectivo, debe precisarse que en virtud de los casos seguidamente detallados se comprende fácilmente las vulneraciones ocasionadas al debido proceso y la seguridad jurídica, y la ineficacia de las órdenes de prisión preventiva dictadas. En este sentido,

los casos han sido seleccionados al ser los que mejor evidencian las falencias propias de la práctica diaria en las Unidades de Flagrancia de Quito respecto a la aplicación de prisión preventiva

### 2.2.1. Caso de asociación ilícita

- Antecedentes

Proceso No. 02386-2019, audiencia de calificación de flagrancia.

Fiscalía solicita la prisión preventiva “por cuanto se encuentran reunidos todos sus requisitos” y porque se ha podido determinar que se trata de una organización criminal. El fiscal asegura que existe peligro de fuga debido a que las penas previstas para el delito de asociación ilícita son superiores a un año, “esto es, de 5 a 10 años”. Adicionalmente, afirma que no existe ningún tipo de arraigo, por lo que “no hay nada que nos haga suponer que los procesados se van a presentar a juicio; por lo que solicito la prisión preventiva” (SATJE, 2019).

Posteriormente, la defensa de los sujetos procesados reconoce que los arraigos no son obligatorios, pero de todas formas presenta planillas de pagos de luz eléctrica y de agua, partidas de nacimiento de los hijos menores de edad y sus certificados de estudios, certificado de antecedentes penales, contratos de arriendo, entre otros documentos de los procesados. Adicionalmente, asegura que ninguna de las personas supuestamente responsables ha incumplido medida alternativa alguna, por lo que solicita que se les conceda el derecho de defenderse en libertad.

Finalmente, Fiscalía añade que los arraigos presentados por la defensa de los procesados son **insuficientes**, por lo que mantiene su pedido. Consecuentemente, el juzgador deduce la existencia de riesgo de fuga, sin explicar por qué, y dispone la prisión preventiva, como se analiza enseguida.

- Resolución

El operador de justicia, en la parte pertinente, afirma que si bien la defensa ha presentado arraigos de los procesados y ha mencionado que la prisión preventiva es una medida excepcional, se encuentran reunidos todos los requisitos del Art. 534 del COIP para dictar esta medida cautelar.

Adicionalmente, respecto al tercer numeral del artículo citado (indicios de los cuales se desprenda que las medidas alternativas son insuficientes y que es necesaria la orden de prisión preventiva para asegurar la comparecencia del procesado), manifiesta que

**#3º, no voy a tomar en cuenta existencia de hijos, de certificados de honorabilidad, antecedentes personales, porque nada de esto está relacionado con la conducta que se les está investigando,** aunque existen domicilios de todos los que se les está investigando, porque dentro de estos domicilios se encontró evidencias que me haría pensar que estos domicilios estaría viciados, ya que se estaría almacenando partes de vehículos de dudosa procedencia; y, por su puesto este tipo de delitos no puede sustanciarse en ausencia; siendo así, existe un gran riesgo de fuga; por lo que, al momento tengo suficientes elementos para dictar la prisión preventiva. (SATJE, 2019) (las negrillas me pertenecen).

- Análisis

Para que sea integral el análisis de este caso, debe realizarse desde tres aristas diferentes:

- 1) El fiscal

En primer lugar, debe considerarse las razones por las cuales el fiscal solicita prisión preventiva: existe peligro de fuga y no se tiene ningún tipo de arraigo.

El fiscal deduce que existe peligro de fuga únicamente porque las penas previstas para el delito de asociación ilícita son superiores a un año, “esto es, de 5 a 10 años”. Sin embargo, comete un error ya que según el artículo 370 del COIP (2014), la asociación ilícita es sancionada con pena privativa de libertad de 3 a 5 años. Adicionalmente, que la pena sea mayor a un año no es suficiente para deducir automáticamente el peligro de fuga,

sino que, para dar cabal cumplimiento al tercer requisito del artículo 534, también deben existir indicios que permitan concluir que las medidas sustitutivas son insuficientes para garantizar la comparecencia del procesado. Por lo tanto, no se debe confundir entre el tercer y el cuarto requisito del artículo mencionado.

Asimismo, se debe tener claro que el fiscal del presente caso comete otro error al mencionar que la prisión preventiva debe dictarse porque no existen indicios suficientes que “nos hagan suponer que los procesados se van a presentar a juicio”. Se aclara, una vez más, que el procesado no tiene obligación alguna de acreditar su permanencia, es el fiscal quien debe desvirtuarla, a través de la demostración del peligro de fuga, con argumentos y evidencias pertinentes.

## 2) El defensor público

A pesar que el arraigo social no está previsto en la legislación nacional, en la práctica judicial es ocasionalmente practicado por los defensores públicos que, aunque saben que no tienen que demostrarlo, lo hacen para intentar evitar que recaiga prisión preventiva sobre sus defendidos.

En este caso de análisis, el defensor presenta documentos de planillas de agua, luz, teléfono, partidas de nacimiento de los hijos de sus defendidos, entre otros, con el único fin de demostrar que sus clientes comparecerán al proceso porque tienen un claro arraigo laboral, familiar y social, que les impediría ausentarse del lugar donde viven. Sin embargo, aun presentado todos estos documentos, por un lado, el fiscal los considera insuficientes, como si estarían previstos los parámetros específicos que se debe cumplir al respecto y, por otro lado, el juzgador decide no considerarlos en absoluto.

## 3) El juez

El juzgador pretende cumplir los 4 requisitos necesarios para solicitar prisión preventiva, los mismos que le corresponden al fiscal y no a él. El operador de justicia es el encargado de verificar el cumplimiento de las exigencias legales y de, adicionalmente, evaluar los criterios de necesidad y proporcionalidad, junto con las causales de improcedencia de prisión preventiva (COIP, 2014, art. 539) como se ha explicado ya con anterioridad en el primer capítulo.

A pesar de esto, es importante analizar que respecto al numeral 3 del artículo 534 del COIP: 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 (2014), el juzgador expresa, sin explicar adecuadamente, que existe riesgo de fuga que amerita la imposición de la medida cautelar más grave. Así, incumple su deber de motivación al no exponer los fundamentos que le permiten concluir lo que afirma.

En consecuencia, es claro que la prisión preventiva es aplicada de forma general, como si fuera la regla. En la práctica judicial únicamente si “no” se cumple un requisito se la puede sustituir, pero en el marco legal se dispone que debe ser exactamente a la inversa: se debe evaluar las medidas sustitutivas y si éstas no son suficientes para asegurar el proceso penal se considera a la prisión preventiva.

### **2.2.2. Caso de robo**

- Antecedentes

Proceso No. 02920-2019, audiencia de calificación de flagrancia.

De la información que consta en el SATJE se desprende que Fiscalía solicita prisión preventiva para los dos procesados, por cumplir con todos los requisitos del artículo 534 del COIP.

- Resolución

Conforme lo solicitado por Fiscalía, el juez considera que se cumplen todos los requisitos legales, los enumera, y *en tal consideración*, ordena la prisión preventiva de los procesados.

Posteriormente, se sientan dos razones: la primera de fecha 04 de febrero de 2020, en la que se deja constancia que

al momento de instalar la presente Audiencia se evidencia que **NO ha sido trasladado a la presente Audiencia el procesado LMO**; pese haber sido requerido mediante providencia de convocatoria a esta Audiencia (...) la señora Jueza, señala que al ser necesaria la presencia del indicado procesado, no puede instalar la Audiencia señalada. - Certifico. Quito a, 04 de febrero del 2020. (SATJE, 2020)

La segunda, de fecha 12 de marzo del mismo año, en la que se indica

RAZÓN. - Siento por tal, que el día de hoy, jueves doce de marzo del dos mil veinte, la Audiencia Preparatoria y Evaluatoria a Juicio, resulta fallida, en virtud de que **no compareció el procesado LMO**. Los demás sujetos procesales estuvieron presentes. CERTIFICO. (SATJE, 2020)

- Análisis

En el caso expuesto es fundamental analizar la actuación del juzgador, quien desempeña el rol más protagónico al tener la facultad de imponer o no la prisión preventiva.

En el presente caso, el operador de justicia no examina detenidamente los criterios de proporcionalidad ni necesidad de la medida cautelar, ni si quiera explica por qué o cómo se cumplen los requisitos de la solicitud propuesta por el fiscal (que además no está

motivada). Lo único que hace el juzgador es mencionar los requisitos señalados en la normativa legal y concluir con la orden de prisión preventiva.

En este sentido, el juzgador incumple con su deber de motivación al no exponer ni siquiera las mínimas razones que le llevan a tomar su decisión. Parecería que da por sentado que la solicitud del fiscal cumple con todos los requerimientos necesarios. Peor aún, parecería que hace suyos esos requisitos por cumplir, antes de dictar prisión preventiva. Si ese fuera el caso, no expone las reflexiones, causas, discernimientos ni disposiciones legales, que le han permitido llegar a la conclusión de que la prisión preventiva a dictar cumple totalmente con el principio de proporcionalidad y los demás principios de su procedencia.

Asimismo, del proceso se desprende que la prisión preventiva dictada resultó particularmente contraproducente. Inútil, más bien. En razón que la audiencia se declaró fallida dos veces en virtud de la ausencia del procesado, pese a estar privado de libertad y a haberse notificado en debida forma al centro en el que se encontraba. Consecuentemente, se privó de libertad a un individuo inocente para asegurar su comparecencia al proceso, pero, contradictoriamente, no compareció porque no fue trasladado –dos veces- desde el centro de privación de libertad al sitio en el que se realizaría la audiencia para resolver su situación jurídica. Y, además de la privación de libertad, se le privó también del ejercicio de su derecho a la defensa, sobra explicar que de manera injustificada y arbitraria.

Este caso es un claro ejemplo de los efectos absurdos e incoherentes de la prisión preventiva, ocasionados especialmente por la utilización de la medida cautelar sin un estudio adecuado que asegure su idoneidad, necesidad y legitimidad.

Este caso no es aislado, mientras se analizaban los expedientes se encontró al menos 6 casos en los que sucedió lo mismo: el procesado permaneció en prisión, sin una sentencia condenatoria, inútilmente, mientras se afectaba al proceso con retardos injustificados y en una permanente vulneración a sus derechos. Probablemente el proceso hubiese tardado menos tiempo en resolverse y se hubiese descongestionado con mayor rapidez el sistema judicial, si la persona procesada hubiese tenido la oportunidad de defenderse en libertad.

### **2.2.3. Caso de ataque y resistencia**

- Antecedentes

Proceso No. 03147-2019, audiencia de calificación de flagrancia.

Los hechos del caso hacen referencia a la disputa entre dos ciudadanos y el personal de la policía. Se agrede verbalmente a los oficiales y se ocasionan daños materiales en el vehículo policial a través de ladrillos y piedras.

Fiscalía solicita prisión preventiva para los dos sujetos procesados y únicamente uno de ellos presenta documentos de arraigo en la audiencia de calificación de flagrancia.

- Resolución

El juzgador menciona que, en virtud de la documentación presentada por la defensa de uno de los procesados se cumple con los *requisitos* necesarios para modificar la prisión preventiva y, en consecuencia, dicta medidas alternativas: prohibición de salida del país y presentaciones periódicas, una vez a la semana, todos los viernes, ante el fiscal que conoce la causa.

Respecto al otro procesado, aquel que no presentó documentos de arraigo social, el juez considera que están cumplidos todos los requisitos del Art. 534 para dictar prisión preventiva y desglosa cada uno de ellos. Respecto a los numerales 1 y 4, menciona que se

cumplen *automáticamente* porque el caso es de acción pública y la pena es superior a un año, respectivamente. Asimismo, respecto al numeral 2 indica que se cumple satisfactoriamente debido a la existencia de elementos suficientes para presumir que el procesado es uno de los presuntos autores, ya que existen evidencias (ladrillos, pedazos de vidrios, pico de botella). Finalmente, respecto al tercer numeral, el juzgador señala que

**#3, ESTE ES UN DELITO QUE TIENE UNA PENA SUPERIOR A UN AÑO; AUSENCIA DE ARRAIGOS; NINGUNA OTRA MEDIDA ES SUFICIENTE PARA QUE COMPAREZCAN A JUICIO; POR LO QUE EXISTE UN RIESGO DE FUGA BASTANTE ALTO; ESTE DELITO NO PERMITE UNA CONCILIACIÓN; NO SE PUEDE AFECTAR LA INMEDIACIÓN, POR LO QUE A FIN DE QUE COMPAREZCA A TODAS LAS ETAPAS DEL PROCESO; SIN EMBARGO, A PESAR QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA ES EXCESIVA, DICTO LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DEL PROCESADO (...).** (SATJE, 2020)

- Análisis

Este caso representa muy bien la forma en la que está concebida la prisión preventiva en la práctica judicial: como una regla.

El elemento diferenciador que le lleva a este juzgador a dictar prisión preventiva en contra de un procesado y no en contra del otro es simplemente la documentación presentada. Una de las personas procesadas justifica arraigos y se hace merecedora de una medida alternativa porque, en palabras del juzgador, cumple con los *requisitos* para que se cambien las medidas. El otro procesado no presenta documento alguno, por tanto, el juzgador al momento de dictar la prisión preventiva, escuda su decisión precisamente en eso: en la ausencia de arraigos.

Se deben tener claros dos asuntos. Primero, no existe el requisito de justificar arraigos para que se cambien las medidas cautelares. Y, en caso de existir, sería para cambiar una medida ya otorgada, no una por otorgarse. El Código Orgánico Integral Penal (2014) únicamente establece en el artículo 536 que la prisión preventiva siempre puede ser

sustituida (después de dictada) a menos que la infracción sea sancionada con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.

Segundo, la necesidad de prueba de arraigo social, por parte del procesado, no existe legalmente. Entonces, un operador de justicia no puede basar su orden de prisión preventiva, entre otros, en la ausencia de arraigos. Menos aún, puede demostrar, a partir de eso, que ninguna otra medida cautelar es suficiente para que comparezca a juicio la persona procesada o que, por lo tanto, existe un alto riesgo de fuga.

Este proceso jurisdiccional ilustra con claridad el desinterés y la automatización de la prisión preventiva, que se ordena como una medida cautelar común que ignora los principios de proporcionalidad y necesidad, incumple los parámetros legales establecidos, crea requisitos que no existen y difunde prácticas racionales y legalmente cuestionables.

Al final de la orden de prisión preventiva, en este caso concreto, el juzgador reconoce que la medida cautelar que está por dictar es realmente excesiva, pero la dicta de todas maneras: A PESAR QUE LA PRISIÓN PREVENTIVA ES EXCESIVA, DICTO LA PRISIÓN PREVENTIVA EN CONTRA DEL PROCESADO (...) (SATJE, 2020). Así, deja clara la importancia que le concede a los derechos de la persona procesada, a la posición de garante que tiene por el rol que desempeña, y al impacto que tiene la cárcel en la vida de una persona que, incluso, puede resultar inocente.

De la totalidad de resultados expuestos del análisis realizado, es clara la necesidad de instruir a los jueces para que evalúen la real existencia de un soporte legal antes de aplicar la prisión preventiva, un mecanismo dirigido exclusivamente a proteger el proceso. Los jueces de garantías penales, quienes son —o deberían ser— reales garantes de los derechos de las partes procesales, no

pueden vulnerar la seguridad jurídica ni el debido proceso, pilares fundamentales para un correcto funcionamiento de la administración de justicia.

Difícilmente puede hablarse de seguridad jurídica en un contexto en que los ciudadanos viven bajo la constante amenaza de ser privados de su libertad arbitrariamente y no cuentan con las garantías necesarias para asegurar que su situación jurídica será resuelta legítimamente, sin arbitrariedades ni subjetividades desprendidas, especialmente, de la distinta interpretación y relevancia que cada uno de los jueces le concede al arraigo social, y de la poca importancia generalizada que se otorga al deber de motivación de decisiones jurisdiccionales.

En el contexto actual, la campaña de cero impunidad y la influencia sobre la justicia del poder político y, específicamente del poder ejecutivo, son parte de las razones por las que existen decisiones jurisdiccionales cuestionables. Por un lado, en lo que concierne a las influencias internas, el Consejo de la Judicatura ha sancionado a jueces que, en materia de prisión preventiva, no han adecuado sus resoluciones a las necesidades políticas exigidas desde el poder ejecutivo (Pásara, 2014). Por otro lado, en lo que concierne a las influencias externas, según la Defensoría del Pueblo (2018), los jueces están motivados a tomar decisiones constitucionalmente controvertibles respecto a, por ejemplo, la necesidad y proporcionalidad de la prisión preventiva, porque la presión pública y política son enormes factores determinantes en la aplicación de medidas cautelares personales.

En este sentido, el Estado, envuelto en la necesidad de satisfacer el clamor público de encarcelamiento masivo preventivo, para dar a la ciudadanía una (falsa) sensación de seguridad social, motiva prácticas discordantes con los principios, requisitos y fines constitucional y legalmente previstos. En consecuencia, la vulneración de derechos de la persona procesada, casi se institucionaliza.

Dado este escenario, el siguiente capítulo se consagra a la propuesta de soluciones, imprescindibles para asegurar el proceso penal dentro de parámetros legítimos. Con un especial énfasis en la necesidad de fortalecimiento de una responsabilidad tripartita estable entre el juez, el fiscal y el defensor público, la misma que hace posible un correcto ejercicio de administración de justicia; una adecuada solicitud de prisión preventiva, por parte de Fiscalía, que no vulnere derechos de las partes ni incumpla requisitos legales previamente establecidos; y un control responsable, oportuno y eficiente de solicitud e imposición de prisión preventiva, por parte del defensor, para asegurar el respeto de un debido proceso penal.

### **III. HALLAZGOS DE LA APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN DELITOS FLAGRANTES Y RECOMENDACIONES PARA CONTROLARLA**

#### **3.1. Análisis de los resultados teórico-prácticos de la prisión preventiva en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito**

Las medidas cautelares en general y, específicamente, la prisión preventiva, son mecanismos de control establecidos por el Estado con el fin de asegurar un real cumplimiento de la justicia penal que se imparte a través de sus órganos jurisdiccionales. Estas medidas constituyen limitaciones a los derechos de las personas sobre quienes recaen, pero son totalmente legítimas en razón de la relación de poder entre el ciudadano y el Estado. Es así como se materializa el ejercicio del poder punitivo sobre los individuos sometidos al mismo ordenamiento jurídico.

Por lo mencionado, a nivel normativo se establecen claramente los parámetros que deben observarse para que la medida de prisión preventiva sea legítima; y, entre otros, se dispone el respeto fundamental del carácter de excepcionalidad, el principio de proporcionalidad y la adecuada motivación y fundamentación. Caso contrario, si se incumplen estos lineamientos generales, la medida cautelar personal no constituye únicamente un mecanismo de limitación de derechos, sino de vulneración de los mismos. En consecuencia, puede ser calificada de arbitraria e ilegítima.

En el marco de la efectividad e idoneidad de la prisión preventiva, del análisis de expedientes realizado en las Unidades de Flagrancia de Quito, se ha concluido que los fiscales, los operadores

de justicia, e incluso los agentes penitenciarios, desempeñan un papel muy importante en la correcta aplicación y eficacia de esta medida cautelar.

Así, a continuación, se presentan las principales situaciones, producidas por estos actores, que acarrearán vulneración de derechos.

### **3.1.1. Inobservancia de principios y elementos de la prisión preventiva**

El principio de proporcionalidad entre la infracción cometida y la medida cautelar otorgada, rige la aplicación de prisión preventiva, que tiene como característica distintiva la excepcionalidad de su imposición, debido a la privación de libertad que provoca en un sujeto que aún no ha sido reconocido como culpable. No obstante, según los resultados del estudio de expedientes, en más de la mitad de todos los procesos iniciados en flagrancia se impuso prisión preventiva. En efecto, de la totalidad de 799 causas flagrantes, únicamente en 384 se ordenaron medidas alternativas al encarcelamiento preventivo, tales como la prohibición de salida del país, la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad competente, el dispositivo de vigilancia electrónica y el arresto domiciliario.

En 415 procesos se impuso prisión preventiva y, al menos en un 96% de estos, los parámetros de proporcionalidad no fueron satisfechos, sobre todo porque en flagrancia la mayoría de causas ingresadas son de robo, se impone una pena privativa de libertad que ronda los dos años y el sujeto procesado puede solicitar la suspensión condicional de su sanción. En este sentido, dada la posibilidad de que la persona no tiene que estar privada de libertad (aun siendo reconocido como culpable), sería desproporcionado encarcelarlo antes de conocer con certeza su implicación en la conducta delictiva. Las medidas alternativas serían suficientes.

En consecuencia, a pesar que, por un lado, el artículo 534 del COIP establece los requerimientos que el fiscal debe cumplir para solicitar prisión preventiva: acreditar los elementos de convicción suficientes que respalden la existencia de un delito y la autoría o complicidad del procesado, que la infracción sea sancionada con más de un año de privación de libertad y que existan indicios de insuficiencia de las medidas alternativas para asegurar el proceso. Y que, por otro lado, es el operador de justicia quien debe supervisar el cumplimiento de todos estos requisitos, además de evaluar las causales de improcedencia de prisión preventiva, su carácter excepcional, su necesidad, proporcionalidad e idoneidad, en relación con el caso específico (COIP, 2014, art. 520 num.4). En la práctica, la primera opción a considerar e imponer siempre es la prisión preventiva.

Asimismo, a pesar de la disposición constitucional (CRE, 2008, art.76) que manda tanto al fiscal como al juzgador a fundamentar la solicitud y la providencia que ordena prisión preventiva, respectivamente, es común que en las audiencias de flagrancia el operador de justicia dé por cumplidos satisfactoriamente requisitos legales que no son correctamente fundamentados por el fiscal. De hecho, esta práctica es tan común que el 91% de las prisiones preventivas impuestas se sustentan en simples enunciaciones normativas, sin ninguna explicación o fundamentación adicional que le permita al sujeto procesado disponer de los medios necesarios para comprender el porqué de su imposibilidad de defenderse en libertad.

### **3.1.2. Inversión de la carga probatoria**

En el Derecho Procesal Penal, la carga probatoria no representa una obligación que al incumplirse conlleva una sanción, sino que permite a las partes procesales exponer todas las pruebas y los argumentos de los que se creen asistidos para ejercer su derecho a la defensa en óptimas condiciones (Herrera, 2012).

La titularidad de la carga probatoria le corresponde a quien persigue determinados efectos jurídicos que pretende satisfacer a través de los hechos que fundamentan su pretensión, ya que la regla fundamental general es que quien afirma debe probar (Zalamea, 2012). En este sentido, en el tema específico de prisión preventiva es en Fiscalía en quien recae la carga de la prueba de la concurrencia de todos los requerimientos legales dispuestos para solicitar la aplicación de la medida cautelar personal más grave (COIP, 2014, art.5 num.13).

Así, quien se cree asistida de las razones o fundamentos de los cuales se desprende la necesidad de este mecanismo cautelar es el fiscal, y la información y los hechos del caso concreto son los que deben sostener su solicitud.

A nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el Estado tiene el deber de fundamentar y acreditar, de manera clara y motivada, en el caso concreto, la existencia de todos los requisitos válidos de procedencia de prisión preventiva (Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela, Serie C No. 207, 2009, párr. 144).

A nivel nacional, el artículo 534 del COIP (2014) también lo dispone. No obstante, del estudio de campo realizado se ha concluido que existe una grave falta de diligencia fiscal ya que, ocasionalmente, se produce una inversión de la carga probatoria del tercer requisito del artículo en mención, referente a los indicios de insuficiencia de las medidas cautelares no privativas de libertad.

En este sentido, a pesar que la norma nacional es clara en señalar que es el fiscal quien tiene esa carga de la prueba, en las Unidades de Flagrancia analizadas en ciertas ocasiones es al procesado a quien se le adjudica esa obligación. Consecuentemente, con el objetivo de evitar el peso de una orden de prisión anticipada, al menos el 19% de los individuos procesados

presenta documentos para lograr justificar su futura comparecencia. No existe, sin embargo, una opinión judicial previsible respecto a la valoración de estas documentaciones.

La falta de uniformidad de la validez que se le otorga al arraigo social se evidencia claramente en los casos específicos expuestos en el segundo capítulo. Mientras que en el primer caso analizado el juzgador no considera ninguno de los documentos de arraigo social presentados, debido a que no están directamente relacionados con la supuesta conducta delictiva cometida, en el tercer caso analizado el operador de justicia sustenta su decisión – precisamente- en los arraigos presentados.

Es decir que, si bien la Constitución del Ecuador recoge el principio de igualdad ante la ley en su artículo 11, en el que dispone los mismos derechos y oportunidades para todos; en la práctica, el amplio grado de discrecionalidad y subjetividad existente en torno al arraigo social, coloca a los sujetos procesados en una situación de total desigualdad ante la ley. Razón por la cual, la libertad ambulatoria de una persona se respeta o restringe, no de acuerdo a las normas establecidas, sino conforme al criterio del juez respecto a la validez de arraigos sociales.

Como resultado, se vulnera también el derecho constitucional a la seguridad jurídica, previsto en el artículo 82 del mismo cuerpo normativo, que dispone la existencia de normas previas y el respeto de las disposiciones constitucionales. Claramente, la aplicación práctica del arraigo social produce incertidumbre jurídica en ambas partes procesales, tanto en la víctima como en el procesado, ya que impide la existencia de fallos preVISIBLES en torno a las causas de imposición de prisión preventiva.

### **3.1.3. Ineficacia de la prisión preventiva**

No debe olvidarse que, uno de los problemas más graves a los que se enfrentan las órdenes de prisión preventiva, es la inutilidad que reflejan en algunos casos. Principalmente, porque no

logran cumplir el fin para el que están previstas, que es el resguardo del proceso penal a través del aseguramiento de la comparecencia del procesado.

En el 6% de los casos analizados en el segundo capítulo, se evidenció que los agentes penitenciarios, quienes deben cumplir la función de trasladar al sujeto privado de libertad a todas las audiencias respectivas, no lo hacen a pesar de ser correctamente notificados.

Por consiguiente, por un lado, vulneran los derechos del individuo procesado, quien se ve obligado a permanecer en prisión -más tiempo del necesario- para resolver su situación jurídica, sin fundamento alguno y por un simple acto de negligencia en el cumplimiento de funciones. Mientras que, por otro lado, vulneran también los derechos de la víctima, quien no obtiene una respuesta estatal pronta ni oportuna, sino una justicia aplazada y con demoras, por demás innecesarias e injustificables.

Debe aclararse que el problema de aplicación indiscriminada de prisión preventiva no termina en su utilización, sino que además de generar vulneraciones de derechos, es también una causa directa de hacinamiento carcelario.

En Ecuador, más de un tercio de personas privadas de libertad no tienen sentencia condenatoria, es decir que están siendo procesadas y no pueden defenderse en libertad, a pesar que las estadísticas demuestran que la mayoría de seres humanos no logran salir victoriosos del sistema y que las consecuencias negativas que éste les produce les anclan determinantemente a un estilo de vida estigmatizado (Rojo, 2016).

El servicio nacional de atención integral a personas adultas privadas de la libertad y a adolescentes infractores (SNAI), ha publicado las siguientes estadísticas al respecto:

**Tabla 1:** Promedio mensual de población penitenciaria 2020

Mes de reporte	Promedio ppl sentenciados	Promedio ppl procesados	Promedio ppl por delitos	Promedio total ppl	Capacidad instalada efectiva	Plazas faltantes	% Hacinamiento
Enero	23.449	14.370	37.819	39.180	29.463	29.463	32,98%
Febrero	23.553	14.554	38.107	39.526	29.463	9.667	34,16%
Marzo	23.777	14.786	38.563	39.778	29.463	9.668	35,01%
Abril	23.552	14.947	38.498	39.087	29.463	9.665	32,66%
Mayo	23.332	14.386	37.718	38.102	29.463	9.659	29,32%
<b>Promedio Anual</b>	<b>23.533</b>	<b>14.625</b>	<b>38.158</b>	<b>39.132</b>	<b>29.463</b>	<b>9.668</b>	<b>32,82%</b>

**Elaboración:** Dirección de Planificación, Inversión, Seguimiento, Planes, Programas y Proyectos – Unidad de Estadísticas

**Fuente:** Registros administrativos de los Centros de Privación de Libertad

Conforme con la tabla expuesta, de la totalidad de personas privadas de libertad por delitos, hasta mayo de 2020, que eran 37.718 (100%), al menos 14.386 (38%) no tenían una sentencia condenatoria, estaban privadas de libertad en razón de una orden de prisión preventiva que contribuía al 29,32% de hacinamiento carcelario existente. Precisamente porque, según el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas (CIDH, 2013), el hacinamiento carcelario obedece, entre otros, a la masificación de la aplicación de esta medida cautelar personal, y aumenta en razón de la demora judicial para resolver las causas dentro de un plazo razonable que, según lo expuesto anteriormente, puede producirse por el no traslado de los sujetos procesados a la audiencia que permite resolver su situación jurídica.

En vista que buena parte de las complicaciones que existen, dentro y fuera de un centro penitenciario, responden en gran medida a un mismo elemento que los genera y que debe ser urgentemente tratado, a continuación se intenta una propuesta que controle la aplicación masiva de prisión preventiva.

### **3.2. Parámetros a considerar para controlar la aplicación de prisión preventiva en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito**

Para difundir el uso racional de la prisión preventiva, en primer lugar, es importante entender que resulta insostenible mantener el sistema actual, en el que la justicia penal se mide a través del número de sentencias condenatorias emitidas en un tiempo determinado. Siendo así, es claro que también se mide en virtud de las prisiones preventivas impuestas, ya que se trata de un régimen que concede mayor importancia al número de privaciones de libertad, que a la calidad y al contenido de la providencia judicial que las dispone.

En este orden de ideas, el problema de aplicación indebida de prisión preventiva existe porque únicamente se analiza la producción de decisiones por parte de los operadores de justicia, que se sienten motivados a satisfacer la necesidad pública de encarcelamiento masivo, para considerar que desempeñan correctamente su labor, aunque rebasen los principios de proporcionalidad y legalidad estudiados, o la característica de excepcionalidad de la prisión preventiva.

En este sentido, es indispensable examinar los siguientes elementos que se proponen con el objetivo de limitar la aplicación de la medida cautelar personal más grave.

En primer lugar, a nivel administrativo, es indispensable que el Consejo de la Judicatura, al ser el órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, difunda

la aplicación prioritaria de medidas personales alternativas a través de una resolución que proporcione estándares mínimos relativos a la prisión preventiva. Sin coartar la independencia en el desarrollo de funciones de jueces y fiscales, sino únicamente con el objetivo de promocionar el cumplimiento de la ley y el respeto de principios constitucionales. Así, es importante que esta resolución contemple tres aspectos fundamentales: la excepcionalidad de la prisión preventiva, el deber de motivación y la inexistencia de obligación alguna de demostrar arraigos sociales.

Dentro del primer aspecto, debe enfatizarse la obligación de considerar a la libertad como la regla general y a su privación como la excepcionalidad, posible únicamente después de observar los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, que constituyen las principales barreras de contención de la prisión preventiva (Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Serie C. No. 206, 2009, párr. 121).

Dentro del segundo aspecto, se debe considerar el deber de motivación de los fiscales y los jueces, para solicitar e imponer esta medida cautelar personal, porque únicamente a través de la exposición de hechos, motivos y normas en los que se basa la autoridad para tomar la decisión de imponer prisión preventiva, es posible eliminar indicios de arbitrariedad. La motivación, además de formar parte del derecho al debido proceso, es una garantía vinculada directamente con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad a las decisiones jurídicas y protege a las personas de decisiones arbitrarias, ya que resguarda su derecho de ser juzgadas por razones contempladas previamente en el ordenamiento jurídico (Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, Serie C No. 227, 2011, párr. 118).

Dentro del tercer aspecto, el Consejo de la Judicatura debe dejar claro que ni jueces ni fiscales deben exigir arraigos sociales para considerar la imposición de prisión preventiva, y que los sujetos procesados no tienen obligación legal de presentar documentos de tal naturaleza. El

objetivo principal es desincentivar esta práctica, ya que genera vulneraciones de derechos, sobre todo de seguridad jurídica.

En segundo lugar, a nivel legal, debe implementarse la creación de servicios previos al juicio (SPJ), contemplados por la CIDH como una buena práctica que permite a los juzgadores decidir correctamente informados, con datos verídicos respecto a los riesgos procesales y los presupuestos a evaluar (Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, 2017).

Cabe señalar que, en Ecuador, desde 2013 a 2015 existió una Unidad de Medidas Alternativas Previas a Juicio, específicamente en la ciudad de Cuenca, bajo la modalidad de plan piloto de SPJ. Los resultados obtenidos evidenciaron un mayor uso de medidas alternativas, sobre todo de la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad competente y de la prohibición de salida del país (Zalamea, 2018).

Dadas estas circunstancias y con el fin que las medidas alternativas realmente funcionen, debe considerarse la metodología aplicada en el plan piloto mencionado, para crear una Unidad de evaluación y supervisión de medidas alternativas (UESMA) realmente útil, de rango legal, encargada de producir información específica a considerar para la adopción de medidas cautelares personales y de dar seguimiento y facilitar la localización y el contacto entre las personas procesadas y las instituciones de la función judicial directamente involucradas.

En términos generales, de acuerdo al funcionamiento de la Unidad piloto que ya existió, la UESMA debe ofrecer tres servicios específicos (Zalamea, 2020):

- Servicio de diagnóstico

Como se ha explicado anteriormente, el juzgador necesita información diversa para tomar una decisión respecto a la medida cautelar necesaria en un caso concreto. Entre

otros, debe conocer el delito que se trata, los elementos de convicción que se disponen respecto a la existencia de la conducta delictiva y a la participación de la persona detenida, y la necesidad de un mecanismo que asegure el proceso.

Dado que existen más carencias respecto a este último elemento, la Unidad debe centrarse en explorar quién es el sujeto detenido, a través de preguntas específicas que permitan suministrar información estratégica relacionada con los vínculos familiares, laborales y económicos que él posee con su comunidad, y las medidas cautelares más adecuadas que se le pueden imponer.

La información debe recabarse por medio de una entrevista previa a la audiencia de flagrancia, totalmente voluntaria y que no favorezca ni perjudique la determinación de la responsabilidad penal del sujeto procesado. Posteriormente, todos los datos proporcionados deben verificarse a través de personas que puedan confirmar, corroborar y validar la información obtenida. Finalmente, debe otorgarse valores numéricos a las respuestas verificadas, con el fin de disminuir al máximo las posibles subjetividades de la Unidad.

- Servicio de evaluación

Desarrollado el servicio de diagnóstico, la Unidad debe expedir un informe que ponga en conocimiento del fiscal y de la defensoría pública o privada los indicadores del nivel de arraigo social del individuo procesado. Este nivel puede ser alto, medio o bajo y, en función de los resultados, la UESMA puede sugerir la aplicación de medidas alternativas y aclarar las complicaciones de seguimiento que existirían en caso de dejar a la persona procesada en libertad.

De ninguna manera debe entenderse que el informe en mención es vinculante para el juzgador. Es decir que, independientemente de las sugerencias de medidas que haga la Unidad, será siempre decisión íntegra del juez imponer aquellas que considere pertinentes después de realizar un análisis detenido del caso. El objetivo del informe únicamente es aportar datos relevantes que le permitan a esta autoridad tomar una decisión más informada.

La diferencia y utilidad que representa la existencia de esta Unidad, respecto a la situación actual, es el aumento significativo de la calidad y del nivel de debate en las audiencias. Necesariamente debe aplicarse un criterio comparativo que permita considerar otras medidas aptas en un caso concreto, por ser adecuadas para la consecución del fin perseguido, aun produciendo una lesión menor en los derechos individuales del sujeto sobre quien recaen (Del Río, 2016). Así, gracias al informe expedido por la UESMA, fiscalía podrá solicitar con fundamentos mucho más concretos la necesidad de la prisión preventiva, por ejemplo, y además, la defensa estará en mejores condiciones de demostrar la idoneidad de medidas alternativas y el exceso de la prisión preventiva.

En virtud de todo eso, el juzgador finalmente dispondrá de elementos sólidos para motivar su decisión y, la vulneración a la seguridad jurídica, producida por el nefasto manejo actual del arraigo social, ya no será parte del problema actual. Sobre todo, porque al evitar la ya mencionada inversión de la carga de la prueba y al ofrecer más elementos informativos a las partes, los requisitos legales se satisfarán con mayor facilidad.

- Servicio de acompañamiento

En el desarrollo de este servicio, la Unidad debe desempeñar dos funciones específicas: seguimiento y acompañamiento.

Por un lado, el seguimiento de los casos en los que se dictaron medidas alternativas a la prisión preventiva implica que, por ejemplo, la UESMA tenga pleno conocimiento de la frecuencia con la que el procesado tiene que presentarse ante el juez, en caso que se le haya impuesto el mecanismo de presentación periódica ante una autoridad. Además, envuelve también la obligación de la Unidad de proporcionar información detallada relacionada con el nivel de cumplimiento real de estos mecanismos cautelares.

Por otro lado, la función de acompañamiento, ya sea a través de llamadas telefónicas o visitas periódicas a la persona procesada, está dirigida a verificar el cumplimiento de las medidas otorgadas y el correcto desenvolvimiento del proceso penal. La finalidad primordial es motivar la libre presentación a las audiencias por parte de los individuos procesados, ya que solo así los mecanismos cautelares no privativos de libertad ambulatoria serán considerados útiles y no coadyuvantes de la impunidad.

La idea principal que respalda la existencia de esta Unidad es la generación de una supervisión constante que incentive el cumplimiento de medidas alternativas y que alerte inmediatamente a las autoridades, en caso de que proceda una revisión de las mismas. Es vital que la Unidad esté prevista en el COIP para que pueda actuar constantemente en el seguimiento de casos, sin autorización específica del juzgador. Una vez que la evaluación directa de la efectividad

y el grado de cumplimiento de mecanismos alternativos arroje resultados positivos, los jueces estarán motivados a priorizarlos en la práctica diaria. Como consecuencia, más personas se defenderán en libertad, el hacinamiento carcelario disminuirá y se descartará la falsa idea de que solamente la prisión preventiva garantiza la inmediación procesal.

En tercer lugar, dentro del plan estratégico de la Función Judicial 2019-2025, es imprescindible que se contemple la necesidad de fortalecimiento de operadores de justicia y fiscales, a través de un programa de educación continua obligatoria coordinado por la Dirección general del Consejo de la Judicatura, enfocado en tres aspectos fundamentales tal y como señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas (2017):

- Los requisitos y principios que fiscales y jueces deben observar antes de solicitar o disponer prisión preventiva, respectivamente. Haciendo especial énfasis en la necesidad, proporcionalidad e idoneidad de la medida.
- La promoción de la priorización de la solicitud e imposición de medidas alternativas, menos gravosas, que son también efectivas para precautelar los fines del proceso penal. Con la finalidad que la prisión preventiva sea verdaderamente una medida de ultima ratio y que cada vez menos personas se inserten en el sistema penitenciario.
- La importancia de la motivación de todas las solicitudes e imposiciones de prisión preventiva, que deben contener un análisis exhaustivo –y no superficial– correctamente argumentado, para sentar las bases del debido proceso ya que, según la Corte IDH, cualquier restricción a la libertad personal que no esté adecuada y suficientemente motivada, ajustándose a todos los requisitos, principios y

características propias de la prisión preventiva, es arbitraria (Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador, Serie C No. 399, 2020, párr. 75).

De la misma manera, un programa de capacitación continua debe estar dirigido a los defensores públicos, quienes permanentemente actúan en causas flagrantes, con el objetivo de que sean efectivamente competentes para exigir una aplicación correcta de medidas cautelares personales, incluso a través de recursos previstos para tal finalidad. De no ser así, las insuficiencias en su formación seguirán causando la continuación del régimen de preferencia de prisión preventiva.

La resolución No. DP-DPG-2012-073 de la Defensoría Pública (2012), que contiene los estándares de calidad para la actuación de las y los defensores públicos en patrocinio legal, es una buena directriz para el desempeño de las funciones de estos servidores públicos. Sin embargo, hace falta una nueva resolución, enfocada específicamente en la importancia de priorización de medidas alternativas y en el carácter excepcional de la prisión preventiva, por un lado; y en la inexistencia de la obligación de adjuntar documentos de arraigo social para desvirtuar el peligro de fuga, por otro lado, sobre todo en casos flagrantes en los que el sujeto procesado tiene muy pocas horas para recabar los documentos necesarios para probar que no se irá a ningún lado y que estará presente en el desarrollo del proceso penal en su contra.

Potencializados e instruidos los jueces, fiscales y defensores públicos, es posible fortalecer la responsabilidad tripartita existente entre estos actores, para desarrollar un verdadero sistema de control de prisión preventiva, en el que cada uno de los sujetos sea capaz de generar una discusión dirigida principalmente a la aplicación de medidas alternativas. Aspecto clave, puesto que a través de un análisis gradual que parta de la medida cautelar menos lesiva a la más gravosa, se le brinda a la defensa la oportunidad de orientar la discusión sobre aspectos como la idoneidad, necesidad,

legalidad y proporcionalidad de todas las medidas previstas en la legislación y no únicamente de la prisión preventiva.

Asimismo, a través del plan estratégico de la Función Judicial, debe fortalecerse la cooperación interinstitucional, específicamente entre los juzgados y los centros de privación de libertad, en aras de desarrollar una buena comunicación y un correcto manejo de la información relacionada con cada una de las personas privadas de libertad.

Así, es posible garantizar la celebración de audiencias y evitar las demoras innecesarias, materializadas en inasistencias del sujeto procesado, siempre y cuando respondan a problemas de organización. Mientras que, si responden a problemas estructurales como falta de transporte o insuficiente número de guardias, se debe considerar las recomendaciones de la CIDH en el mismo informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas (2017), respecto a la realización de audiencias en los mismos centros de privación de libertad, con el doble objetivo de garantizar su celebración y de acercar a los operadores de justicia a la realidad carcelaria, para sensibilizarles sobre la aplicación de mecanismos alternativos.

En conclusión, solamente a través de todas las medidas mencionadas, puede contenerse el uso indiscriminado de la prisión preventiva. En la misma medida en que es indispensable que los juzgadores realicen un análisis detenido respecto a los beneficios y perjuicios de la imposición de ciertos mecanismos cautelares, es indispensable que los fiscales estén adecuadamente capacitados para cumplir con los requisitos legalmente asignados y que los defensores públicos no asuman cargas probatorias que no les corresponde.

Si bien es cierto que la medida cautelar de prisión preventiva *per se* no constituye una vulneración de derechos, ni una forma de malos tratos o de tortura, las consecuencias de su uso no excepcional derivan en situaciones de sobrepoblación y hacinamiento carcelario, lo que a su vez

deteriora la calidad de vida y las condiciones de internamiento dentro de los centros de privación de libertad, sobre todo en aspectos como alimentación adecuada, agua potable, asistencia legal, servicios de salud, entre otros.

Precisamente, los efectos que produce la utilización desmedida del mecanismo cautelar más severo son los que justifican el interés y la necesidad de contenerla. Conforme a lo mencionado, controlado el problema del uso excesivo de prisión preventiva, su falta de motivación, la inversión de la carga de la prueba, entre otros, su imposición ya no será arbitraria ni ilegítima, por lo que no vulnerará derechos y, al ser finalmente excepcional, reducirá los índices de hacinamiento carcelario que provoca innecesariamente.

### **3.3. A manera de conclusiones**

Las medidas cautelares son mecanismos de aseguramiento procesal penal que limitan derechos de las personas presuntamente responsables de la conducta delictiva. Su finalidad primordial es evitar riesgos procesales que podrían frustrar el proceso y la eficacia de la resolución jurisdiccional. Únicamente pueden ser impuestas con la debida acreditación de dos presupuestos: *el fumus boni iuris* y *el periculum in mora*. El primero se refiere a la adecuación de la conducta realizada bajo la figura de delito y el segundo concierne la existencia de un peligro concreto que evite el correcto desarrollo del proceso penal.

Estos mecanismos de aseguramiento procesal son medidas de naturaleza propiamente cautelar, recaen sobre una persona jurídicamente inocente (ya que no existe todavía una sentencia condenatoria en su contra) con en el único fin de salvaguardar el proceso. Asimismo, son temporales, restrictivas, excepcionales e instrumentales, lo que significa que únicamente operan dentro de un tiempo determinado, previo al cumplimiento de requisitos legales pertinentes, y que no tienen un fin en sí mismo, sino que son medios para asegurar la eficacia del proceso penal.

Adicionalmente, siempre deben ser impuestas por un operador de justicia competente ya que representan limitaciones a derechos de la persona sobre quien recaen. Así, son mecanismos de injerencia estatal que se limitan y sustentan en virtud de los principios de legalidad, intermediación, celeridad y proporcionalidad.

Existen dos clases de medidas cautelares: reales y personales. Las primeras recaen sobre los bienes de la persona procesada y las segundas recaen directamente sobre ella. En vista que el objeto de la presente disertación está dentro de la segunda clase de medidas, se debe puntualizar que, a nivel legislativo, existen seis mecanismos cautelares personales distintos que son susceptibles de imposición para garantizar un proceso penal eficiente y eficaz. Su finalidad fundamental es proteger los derechos de la víctima, el proceso y el cumplimiento de la pena, especialmente a través del aseguramiento de la presencia de la persona procesada, la preservación y recopilación de pruebas y una garantía de reparación integral.

La intensidad con la cual las medidas cautelares personales merman derechos es diferente en cada una de ellas, sobre todo si se compara a la prohibición de salida del país, la obligación de presentarse periódicamente ante una autoridad, el arresto domiciliario y el dispositivo de control electrónico, con la prisión preventiva.

Específicamente, en lo que concierne al tema central de esta investigación, la prisión preventiva consiste en la privación de libertad anticipada de una persona jurídicamente inocente, por lo que es la medida cautelar personal más severa. Por esta razón, debe ser aplicada de forma excepcional, como una medida de ultima ratio, por un tiempo específicamente determinado y exclusivamente en las situaciones previstas en la ley, obedeciendo primordialmente al principio de proporcionalidad y a los subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido

estricto, indispensables para no afectar excesiva o ilegítimamente el derecho fundamental de libertad del sujeto sobre quien recaen.

Dentro de los presupuestos que habilitan la imposición de prisión preventiva, el riesgo de fuga debe ser cardinalmente acreditado por Fiscalía dentro de la solicitud de aplicación de esta medida cautelar. La carga de la prueba le corresponde a esta entidad puesto que es quien afirma la necesidad del encarcelamiento preventivo y la insuficiencia de las medidas alternativas para lograr el mismo fin. Sobra decir que los fiscales deben exponer los suficientes argumentos y fundamentos que respalden su petición y que, posteriormente, los operadores de justicia tienen que proporcionar una adecuada motivación en la providencia judicial que dispone este mecanismo cautelar.

Si bien es cierto que la prisión preventiva puede imponerse, en términos generales, en cualquier delito de acción pública que tenga prevista una pena superior a un año de privación de libertad, la presente disertación se ha concentrado especialmente en el delito flagrante. Éste, permite la detención inmediata de la persona que ha cometido la conducta delictiva, porque ha sido descubierta mientras la ejecutaba o inmediatamente después y, en consecuencia, existe una tendencia a pensar que los requisitos para habilitar el mecanismo cautelar más severo están satisfactoriamente cumplidos en delitos flagrantes.

Es importante recalcar que, en el país, el delito flagrante se tramita únicamente en Unidades de Flagrancia, instituciones que laboran las 24 horas de todos los días del año para evitar exceder el tiempo máximo en el que la persona detenida puede estar sin fórmula de juicio (24 horas). El proceso inicia con una audiencia de calificación de flagrancia y legalidad de la detención, para corroborar entre otros, que se trata efectivamente de un delito flagrante y que el sujeto no ha estado detenido por más de 24 horas. En esta misma audiencia se trata el tema de medidas cautelares y, en razón de los principios de eficacia y celeridad judicial, se puede manejar un procedimiento

exclusivo que recibe el nombre de procedimiento directo y que concentra todas las etapas procesales en una sola audiencia, o un procedimiento abreviado que requiere un acuerdo entre la persona procesada y el fiscal respecto a la calificación jurídica de la conducta cometida y la pena a aplicar.

En la práctica, en las Unidades de Flagrancia del Distrito Metropolitano de Quito, en más de la mitad de todos los procesos se impone la medida cautelar personal de prisión preventiva, dejando claro que en el día a día no se trata de una medida de última ratio. Del análisis de causas procesales del segundo periodo del 2019 se ha concluido que el riesgo procesal de fuga raramente es demostrado por el fiscal y que, en ocasiones, es al procesado a quien se le adjudica - incorrectamente- la carga probatoria de su permanencia y futura comparecencia a juicio. En consecuencia, en la práctica, la ausencia de documentos de arraigo social es automáticamente entendida, por algunos funcionarios públicos implicados, como un factor que habilita la imposición de prisión preventiva por parte del juzgador.

En efecto, en el análisis de tres casos específicos se evidencia principalmente que fiscales y jueces argumentan la ausencia de arraigos como justificativo suficiente para la aplicación de prisión preventiva, que ocasionalmente la medida cautelar es inútil porque la persona privada de libertad no es trasladada a las audiencias y que, no existe una fundamentación adecuada de la solicitud y de la orden de este mecanismo cautelar, sino simplemente una referencia textual al artículo específico del cuerpo legal pertinente.

Por todo lo expuesto, es claro que la aplicación actual de la prisión preventiva dista enormemente de los mandamientos legales y no recibe un tratamiento excepcional. Además de vulnerar el derecho a la seguridad jurídica, por exigir obligaciones normativamente inexistentes (arraigo social) que sitúan a la persona procesada en una total incertidumbre y que no le permiten

esperar un fallo previsible, particularmente porque cada juez evalúa a su propio criterio y discrecionalidad los documentos de arraigo social; vulnera también el derecho de la víctima a una justicia pronta y oportuna, en virtud de ausencias injustificadas de la persona procesada privada de libertad, que obedecen a una falta de control de los centros en los que se encuentra detenida.

Finalmente, con el objetivo de contribuir a controlar el uso indiscriminado de la prisión preventiva, uno de los parámetros más importantes a considerar recae en la ausencia de información respecto a la persona que ha sido detenida en flagrancia. En este sentido, es imprescindible retomar la estructura de la Unidad de evaluación y supervisión de medidas cautelares, destinada a ofrecer servicios de diagnóstico, evaluación, seguimiento y acompañamiento a la persona procesada.

Con un sistema institucional mínimo que proporcione información, tanto a la fiscalía como a la defensa pública o privada, respecto al rol de la persona procesada en su comunidad, a los arraigos sociales que tiene y a quién es, el fiscal tendría mejores elementos para sustentar su solicitud y el defensor contaría con elementos más claros y precisos para argumentar la idoneidad de medidas alternativas. De esta forma, el razonamiento y el debate de las audiencias finalmente podría centrarse en una pluralidad de medidas cautelares personales ofrecidas para conservar un proceso penal óptimo y, en consecuencia, el operador de justicia tendría los insumos adecuados para decidir mejor informado respecto a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de una medida cautelar personal.

El arraigo social sí debe ser utilizado, pero no de la forma en la que se lo hace actualmente: invirtiendo cargas probatorias, vulnerando el principio de legalidad y el derecho a la defensa y a la seguridad jurídica del procesado. Solamente a través de un ente imparcial, que no entregue insumos a fiscalía para encarcelar preventivamente de forma masiva, ni que colabore con la

defensa para propiciar la fuga y la impunidad, sino que verifique la información obtenida y que, además, pueda supervisar el cumplimiento de medidas alternativas en caso que hayan sido impuestas, es posible garantizar de mejor manera su real cumplimiento, incentivar su aplicación y disminuir el uso de prisión preventiva. A través de esta Unidad y de jueces, fiscales y defensores públicos correctamente capacitados, el problema de aplicación de prisión preventiva podría disminuir significativamente.

Siempre se debe tener presente que la posibilidad de defenderse en libertad es la regla a aplicar en todos los procesos penales y que, por tanto, los mecanismos cautelares que limitan en menor grado los derechos del individuo procesado deben ser prioritarios a aquellos que los limitan con mayor intensidad, porque la privación de libertad es la excepción. No es posible que en la práctica diaria se prive de libertad a una persona para saber si realmente se le debe privar de libertad. Es decir que, la solicitud de prisión preventiva no puede ser espontánea sino sensata, razonable y fundamentada, al igual que la orden de su imposición. Caso contrario, se vulneran derechos y la utilización del mecanismo cautelar más severo se vuelve desproporcionada e innecesaria, como ya se ha ejemplificado a lo largo de esta disertación.

## REFERENCIAS

- Albán, F. (2003). *Estudio Sintético Sobre el Código de Procedimiento Penal*. Tomo II. Quito, Ecuador.
- Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal. [2014]. (03 de febrero de 2014). RO. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Recuperado de [https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado\\_beccaria\\_hd32\\_2015.pdf?sequence=1](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/20199/tratado_beccaria_hd32_2015.pdf?sequence=1)
- Borja, M. (2009). *Violación de las garantías constitucionales de los derechos humanos y el debido proceso en la aprehensión por delitos flagrantes y la prisión preventiva*. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1148/1/T0774-MDE-Borja-Violaci%C3%B3n%20de%20las%20garant%C3%ADas%20constitucionales.pdf>
- Brito, T. (2016). *El procedimiento directo en el código orgánico integral penal y la vulnerabilidad del debido proceso* (Tesis de grado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador). Recuperado de <http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/12210/EL%20PROCEDIMIENTO%20DIRECTO%20EN%20EL%20CODIGO%20ORGANICO%20INTEGRAL%20PENAL%20Y%20LA%20VULNERABILIDAD%20DEL%20DEBIDO%20PROC.pdf?sequence=1>
- Cafferata Nores, J. (1992). *Medidas de coerción en el nuevo Código Procesal Penal de la nación: edición arreglada a la Ley 23.984*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma.
- Carnelutti, F. (1950). *Lecciones sobre el proceso penal*, Tomo. II [Traducido al español de Sentís Melendo]. Buenos Aires, Argentina: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Carnelutti, F. (2002). *La lucha del derecho contra el mal. Lecciones sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones El Foro.
- Castillo, L. (2009). *Excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador*. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/1117/1/T0816-MDP-Castillo-Excepcionalidad%20de%20la%20prisi%C3%B3n%20preventiva.pdf>

CEDH. (2008). *Case of Ladent V. Poland* (Application No. 11036/03). Sentencia del 18 de marzo de 2008.

CIDH. (2013). *Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de [www.oas.org > cidh > ppl > informes > pdfs > Informe-PP-2013-es](http://www.oas.org/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es)

CIDH. (2017). *Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas*. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PrisionPreventiva.pdf>

Clariá Olmedo, J. (1998). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina.

Constitución de la República del Ecuador. (2008). 2da Ed. CEP.

Córdova, A. (1953). *Derecho Procesal Penal ecuatoriano*. Quito, Ecuador.

Corte IDH. (01 de julio de 2011). *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 227.

Corte IDH. (03 de febrero de 2020). *Caso Carranza Alarcón Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 399.

Corte IDH. (07 de septiembre de 2004). *Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 114.

Corte IDH. (12 de noviembre de 1997). *Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Fondo*. Serie C No. 35.

Corte IDH. (17 de noviembre de 2009). *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 206.

Corte IDH. (20 de noviembre de 2009). *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 207.

Corte IDH. (21 de noviembre de 2007). *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Serie C No. 170.

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. (01 de enero de 1999). Sentencia JA, 2000-III-246. *Rosa, Carlos Alberto v. Estado Nacional/ Ministerio de Justicia y otros / daños y perjuicios varios.*

Defensoría Pública. (2012). Resolución No. DP-DPG-2012-073. Recuperado de <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1182/1/Resoluci%c3%b3n%20073-2012.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe temático sobre la prisión preventiva desde la prevención de la tortura y otros malos tratos en el Ecuador.* Recuperado de <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=Informe+tem%C3%A1tico+sobre+la+prisi%C3%B3n+preventiva+desde+la+prevenci%C3%B3n+de+la+tortura+y+otros+malos+tratos+en+el+Ecuador.#>

Del Río, G. (2016). *Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano.* Recuperado de [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis\\_gonzalo\\_del\\_rio\\_labarthe.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/54307/1/tesis_gonzalo_del_rio_labarthe.pdf)

Díaz de Lion, M. (2004). *Diccionario de Derecho Procesal Penal.* Ciudad de México, México: Ediciones Porrúa.

DIRAE. (2020). Diccionario Inverso de la Real Academia Española.

Donna, E. (2011). *Derecho Penal, parte especial.* Tomo I. Buenos Aires, Argentina: Editores Rubinzal-Culzoni. Recuperado de [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj\\_20110107\\_01.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/obrasjuridicas/oj_20110107_01.pdf)

Escuela Nacional de la Judicatura. (2007). *Las medidas cautelares y las sanciones: ejecución en la justicia penal juvenil.* Recuperado de [https://issuu.com/fkstudio/docs/medidas\\_cautelares](https://issuu.com/fkstudio/docs/medidas_cautelares)

Espinoza, A. (2016). *Análisis de la flagrancia delictiva en nuestra legislación. Precisiones sobre el concepto de presunción de flagrancia.* Recuperado de [https://www.researchgate.net/publication/312576910\\_ANALISIS\\_DE\\_LA\\_FLAGRANCIA\\_DELICTIVA\\_EN\\_NUESTRA\\_LEGISLACION\\_PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE PRESUNCION DE FLAGRANCIA FLAGRANCY ANALYSIS OF CRIMINAL LAW IN OUR INFORMATION ON THE CONCEPT OF DEEMED FLAG](https://www.researchgate.net/publication/312576910_ANALISIS_DE_LA_FLAGRANCIA_DELICTIVA_EN_NUESTRA_LEGISLACION_PRECISIONES SOBRE EL CONCEPTO DE PRESUNCION DE FLAGRANCIA FLAGRANCY ANALYSIS OF CRIMINAL LAW IN OUR INFORMATION ON THE CONCEPT OF DEEMED FLAG)

- Finzi, M. (1952). *La prisión preventiva*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.
- Flors, J. (2010). Medidas Cautelares personales. En *Contestaciones al programa de Derecho Procesal Penal para acceso a las carreras judicial y fiscal*. Valencia, España: Ediciones Tirant lo Blanch. Recuperado de <https://issuu.com/tirantloblanch/docs/5a53e1a11f4bbf7ed3d8d7f09b0affe8>
- Garzón, E. (2008). *La prisión preventiva: medida cautelar o pre-pena*. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/329/1/T716-MDP-Garz%C3%B3n-La%20prisi%C3%B3n%20preventiva.pdf>
- Gascón, F. (2019). *Derecho procesal penal, materiales para el estudio*. Madrid, España. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/56974/1/Derecho%20Procesal%20Penal%20-%20Fernando%20Gasc%C3%B3n%20Inchausti%20-%202019.pdf>
- Giacomette Ferrer, A. (2003). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá, Colombia.
- Gimeno Sendra, V; Cortez, V; Moreno, V. (1996). *Derecho Procesal Penal*. Madrid, España.
- González, H. (2009). *Las medidas cautelares en el proceso penal*. Ciudad de México, México.
- González, L. (2013). ¿Existe el principio de proporcionalidad cuando las opciones son cárcel o libertad? La necesidad de construir un modelo cautelar de tipo acusatorio a nivel nacional. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, (5). Recuperado de <https://inecip.org/wp-content/uploads/INECIP-Gonz%C3%A1lez-Postigo-Modelo-cautelar-acusatorio.pdf>
- Gozaíni, O. (2002). *El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional*. Ciudad de México, México. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/885/88500702.pdf>
- Gutiérrez de Cabiedes, P. (2004). *La prisión provisional*. Navarra, España: Ediciones Aranzadi.
- Haro, C. (2015). *La calificación de la flagrancia y su incidencia en el principio de inocencia en los procesos tramitados en la unidad judicial penal con sede en el cantón Riobamba durante el periodo agosto-diciembre del año 2019*. (Tesis de grado, Universidad Nacional de Chimborazo). Recuperado de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/1967/1/UNACH-FCP-DER-2015-0040.pdf>
- Herrera, E. (2012). *Inversión de la Carga de la Prueba en Materia Penal*. Recuperado de <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKE>

[wj7ronwwP7sAhUCzlkKHXR\\_AtAQFjAAegQIBRAC&url=http%3A%2F%2Frepvistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechosociedad%2Farticle%2Fdownload%2F13060%2F13672%2F&usg=AOvVaw3N9QfJIP6emse6YpBAxbR1](http://www.frepvistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/download/13060/13672&usg=AOvVaw3N9QfJIP6emse6YpBAxbR1)

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Recuperado de <https://www.google.com/search?client=firefoxbd&q=La+prisi%C3%B3n+preventiva+en+el+Ecuador.#>

Krauth, S. (22 de octubre de 2019). Entrevista a un exfuncionario de la Defensoría Pública del Ecuador dedicado a la investigación de la prisión preventiva. (C. Gudiño, Entrevistadora).

La Rosa, M. (s/f). *Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires, Argentina.

Llarena, P. (2016). *Medidas cautelares personales y reales*. Recuperado de [http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/80009/2/Proceso%20penal\\_M%C3%B3dulo%204\\_Medidas%20cautelares%20personales%20y%20reales.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/80009/2/Proceso%20penal_M%C3%B3dulo%204_Medidas%20cautelares%20personales%20y%20reales.pdf)

Llobet, J. (2001). *Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar*. San José, Costa Rica.

Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal. Parte General. Actos procesales*. Tomo III. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Puerto.

Maldonado, L. (2017). *Análisis de la realidad jurídica en la aplicación del dispositivo de vigilancia electrónica como medida a reducir la carga penitenciaria y sus alcances sociales en Ecuador*. (Tesis de grado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil). Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/9479/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-145.pdf>

Manzini, V. (1996). *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones El Foro.

Martín Morales, R. (1999). Entrada en domicilio por causa de delito flagrante. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/26501>

- Martínez Botos, R. (1994). *Medidas Cautelares*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Universidad.
- Maza Martín, J. (2007). *La prisión preventiva, en Constitucionalización del Proceso Penal – Proyecto Fortalecimiento del Poder Judicial*. Santo Domingo, República Dominicana: Ediciones Corripio.
- Monroy, A. (2016). *Los presupuestos de aplicación de la medida de prisión preventiva en el procedimiento penal ecuatoriano*. (Tesis de grado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil). Recuperado de <http://repositorio.ucsg.edu.ec/bitstream/3317/5816/1/T-UCSG-PRE-JUR-DER-MD-25.pdf>
- ONU. (1945). *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.
- ONU. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.
- ONU. (1990). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad o Reglas Tokio*.
- ONU. (1991). *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Penal (Reglas de Mallorca)*.
- ONU. (2008). *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*.
- Oré, A. (2006). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal peruano*. Justicia Constitucional, 2 (3).
- Ortega, P. (2013). *El incorrecto procedimiento de los agentes policiales en la aprehensión de personas por delito flagrante en la audiencia de flagrancia y formulación de cargos, y la violación del debido proceso*. (Tesis de grado, Universidad regional autónoma de los Andes). Recuperado de <http://45.238.216.28/bitstream/123456789/4061/1/TUAAB027-2013.pdf>
- Palomino, R. (2008). *El delito flagrante*. Huancayo, Perú.
- Pásara, L. (2014). Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana. Recuperado de [http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud\\_ecuador\\_resumenejecutivo\\_esp.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/indjud_ecuador_resumenejecutivo_esp.pdf)
- Pérez, J. (2014). El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva. *Revista jurídica Derecho y Cambio Social*. Recuperado de

[https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjyp\\_OopDtAhXyxlkKHdiWCgkQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5472565.pdf&usg=AOvVaw13DH-N7hZjiWoWowSX6iDY](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjyp_OopDtAhXyxlkKHdiWCgkQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fdia.net.unirioja.es%2Fdescarga%2Farticulo%2F5472565.pdf&usg=AOvVaw13DH-N7hZjiWoWowSX6iDY)

Pujadas, V. (2008). *Teoría General de medidas cautelares penales. Peligrosidad del imputado y protección del proceso*. (Tesis doctoral, Universidad de Gerona). Recuperado de <https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/129639/tvpt.pdf?sequence=7>

Ramírez, C. (2014). *La prisión preventiva y su impacto en el hacinamiento del centro de rehabilitación de Tungurahua*. (Tesis de grado, Universidad Técnica de Ambato). Recuperado de <http://redi.uta.edu.ec/bitstream/123456789/8281/1/FJCS-DE-722.pdf>

Rifá Soler, J; Richard González, M y Riaño Brun, I. (2006). *Derecho Procesal Penal*. Pamplona, España: Ediciones Gobierno de Navarra.

Roca Sastre, R. (1979). *Derecho hipotecario*.

Rodríguez, M. (2015). *Hacinamiento Penitenciario en América Latina: causas y estrategias para su reducción*. Recuperado de [http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/foll\\_HacinamientoPenitenciarioAmericaLatina.pdf](http://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/foll_HacinamientoPenitenciarioAmericaLatina.pdf)

Rojo, N. (2016). *El abuso de la prisión preventiva en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina.

Roxin, C. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones del Puerto.

San Martín Castro, C. (2004). Derecho procesal penal. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, Uruguay: Ediciones Grijley.

Sánchez, C. (1997). La prisión preventiva en un Estado de Derecho. *Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica*.

Sánchez, R. (2017). *Estudio preliminar*. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4307/2.pdf>

Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (DNEJEJ). (2020). *Causas ingresadas por litigante en flagrancia unidades judiciales del Cantón Quito*.

SNAI. (2020). *Información estadística a nivel nacional*.

- Touma, J. (2014). *La aplicación del procedimiento abreviado en la Unidad de Flagrancia de Quito; eficacia judicial vs derecho a la no inculpación*. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4077/1/T1455-MDPE-Touma-La%20aplicacion.pdf>
- Vaca Andrade, R. (2009). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vecina Fuentes, J. (2004). *La potestad cautelar: contenido y límites*.
- Vélez Mariconde, A. (1982). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba, Argentina: Ediciones Marcos Lerner.
- Vera, M. (2017). *Análisis comparativo de las medidas cautelares reales en la legislación penal ecuatoriana*. (Tesis de grado, Universidad Nacional de Chimborazo). Recuperado de <http://dspace.unach.edu.ec/bitstream/51000/4120/1/UNACH-EC-FCP-DER-2017-0060.pdf>
- Vivanco, P. (2016). *Las medidas cautelares en el Código Orgánico Integral Penal*. Recuperado de <https://vlex.ec/vid/medidas-cautelares-codigo-organico-682467061>
- Zaffaroni, E. (2014). *La cuestión criminal*. Buenos Aires, Argentina.
- Zalamea, D. (2012). *Manual de Litigación Penal: Audiencias Previas al Juicio*. Quito, Ecuador.
- Zalamea, D. (30 de octubre de 2020). Entrevista al coordinador del proyecto piloto de la Unidad de Medidas Alternativas Previas a Juicio en la ciudad de Cuenca. (C. Gudiño, Entrevistadora).
- Zalamea, P. (2018). *Análisis de la unidad de medidas alternativas previas al juicio en la ciudad de Cuenca*. (Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6607/1/T2836-MDPE-Zalamea-Analisis.pdf>

## BIBLIOGRAFÍA

- Bovino, A. (2007). Aporías. Sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo. *Revista de derecho* (8). Recuperado de <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/view/338/337>
- CEDHU. (2009). *Las condiciones de detención penitenciaria en el Ecuador*. Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/1065>
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas (2008). *Prisión preventiva y reforma procesal penal en América Latina: evaluación y perspectivas*. Recuperado de <https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/3133/cejaprisionpreventiva.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Chaparro, S.; Pérez, C.; Youngers, C. (2017). Castigos Irracionales: Leyes de Drogas y Encarcelamiento en América Latina. Recuperado de [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjtr zBxMDIAhVS2FkKHRlIA kQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.tni.org%2Ffiles%2Fpublication-downloads%2Ffolleto\\_cide\\_castigos\\_irracionales\\_v15\\_full.pdf&usg=AOvVaw0lweUc4j2Fn-WFtRBOQEfs](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjtr zBxMDIAhVS2FkKHRlIA kQFjAAegQIAhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.tni.org%2Ffiles%2Fpublication-downloads%2Ffolleto_cide_castigos_irracionales_v15_full.pdf&usg=AOvVaw0lweUc4j2Fn-WFtRBOQEfs)
- Flores, J. (2016). *Caducidad de la prisión preventiva en el Ecuador: entre el derecho a la libertad y la seguridad ciudadana*. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4945/1/T1925-MDH-Flores-Caducidad.pdf>
- Hernández, M. (2013). *¿Mínima prisión máxima desgracia?* Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Mir, S. (2011). *Bases Constitucionales del Derecho Penal*. Madrid, España.
- Navarrete, B. (2014). *5 años del nuevo modelo carcelario en Ecuador*. Recuperado de <https://www.google.com/search?client=firefox-b-d&q=5+a%C3%B1os+del+nuevo+modelo+carcelario+en+Ecuador.#>

- Obando, O. (2018). *Prisión preventiva: las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia*. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6176/1/T2604-MDP-Obando-Prision.pdf>
- Pérez, N y Ramírez, C. (2014). *Hacinamiento carcelario: enajenación histórica del principio ético fundamental de la dignidad humana*. Recuperado de <https://repository.unilibre.edu.co/bitstream/handle/10901/7719/PerezPantevezNestorJavier2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Quimbiulco, K. (2011). *Prisión preventiva y parámetros jurídicos de su aplicabilidad: ¿inmediación al proceso o uso irracional?* (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2905/1/T1030-MDE-Quimbiulco-Prisi%c3%b3n.pdf>
- Ríos, C. (2016). *Penas sin Delito. Percepciones acerca de la finalidad de la prisión preventiva en México*. Recuperado de [http://www.dplf.org/sites/default/files/penasindelito\\_dplf\\_finaldigital.pdf](http://www.dplf.org/sites/default/files/penasindelito_dplf_finaldigital.pdf)
- Salazar, J. (2015). *La presunción de inocencia y prisión preventiva en el proceso penal ecuatoriano*. (Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar). Recuperado de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4867/1/T1879-MDP-Salazar-La%20presuncion.pdf>
- Téllez, A. (2005). *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*. Madrid, España: Ediciones Edisofer.
- UNODC. (2014). *Manual sobre estrategias para reducir el hacinamiento en las prisiones*. Recuperado de [https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwitwf\\_dj771AhXjg-AKHUYMAucQFjABegQIABAB&url=http%3A%2F%2Faldip.org%2Fmanual-sobre-estrategias-para-reducir-el-hacinamiento-en-las-prisiones%2F&usg=AOvVaw2CK6Wj5oieL8Scw4fZIFWp](https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwitwf_dj771AhXjg-AKHUYMAucQFjABegQIABAB&url=http%3A%2F%2Faldip.org%2Fmanual-sobre-estrategias-para-reducir-el-hacinamiento-en-las-prisiones%2F&usg=AOvVaw2CK6Wj5oieL8Scw4fZIFWp)

## **ANEXOS**

**Anexo 1. Documento de Excel del análisis de los 94 casos estudiados para la elaboración del segundo capítulo de esta disertación.**

**Anexo 2. Documento extraído del SATJE, en PDF, del caso de asociación ilícita No. 02386-2019**

**Anexo 3. Documento extraído del SATJE, en PDF, del caso de robo No. 02920-2019**

**Anexo 4. Documento extraído del SATJE, en PDF, del caso de ataque y resistencia No. 03147-2019**

**Anexo 5. Entrevista realizada a Stefan Krauth, PhD en Derecho Penal y exfuncionario de la Defensoría Pública del Ecuador dedicado a investigar la prisión preventiva.**

1. ¿Qué es la prisión preventiva?

La prisión preventiva es una injerencia sumamente grave al derecho a la libertad, ya que la persona sobre quien recae todavía es inocente y el Estado le priva de libertad solamente para realizar un juicio del que aún se desconoce el resultado que presentará.

2. ¿A qué obedece el uso indiscriminado de la prisión preventiva?

A la falta de capacitación de operadores de justicia y a la presión externa mediática y policial. En Ecuador hay problemas graves respecto a la capacitación de jueces, muchas veces una costumbre reemplaza la letra del COIP. Todo el tema de la carga de la prueba y de la proporcionalidad está claro en el cuerpo legal, uno solo debería leerlo, pero en la realidad una costumbre reemplaza el aspecto normativo.

Yo creo que debido a la ausencia de una verdadera escuela judicial, que los jueces deberían cursar obligatoriamente por dos o tres años, muchos aprenden a través de la práctica.

3. ¿Por qué en ocasiones se invierte la carga probatoria del tercer requisito del artículo 534 del COIP, referente a la necesidad de prisión preventiva?

Probablemente porque existen deficiencias en la formación profesional de los abogados que posteriormente pretenden solventarse a través de la realidad práctica. En las audiencias de flagrancia de la Unidad de La Mariscal, he visto muchas veces que abogados solamente observan lo que hacen los sujetos procesales para aprender. Luego, ellos entienden que, para evitar la prisión preventiva, por ejemplo, deben presentar como requisito documentos de arraigo social. En consecuencia, la mala práctica sigue reproduciéndose.

Nunca ningún juez ni fiscal ha podido explicar cómo entró la figura del arraigo social a la práctica diaria. El COIP no lo menciona. Pero todos se someten a eso: fiscal, defensa público y juez.

4. ¿Cómo cree que está concebida la prisión preventiva en la práctica diaria?

Como una pena anticipada y no como una medida cautelar. Teóricamente, si el juez no dicta prisión preventiva, la responsabilidad penal no se ve influenciada, sin embargo, en la práctica es apreciado como un mecanismo que propicia la impunidad. Además, la debilidad institucional motiva a que la confianza social se genere a través de prisiones preventivas dictadas permanentemente.

5. ¿Cuál es el mayor problema de gestión de las Unidades de Flagrancia?

Que el sujeto detenido no tiene el tiempo suficiente para comunicarse con un defensor, a las 4 horas de la detención la persona llega a la Unidad, la policía hace el parte policial y le entrega a fiscalía, envían los expedientes al juez, se pone la hora de audiencia y luego se notifica a la defensa

pública. Mientras tanto, la persona detenida está en el mismo edificio, esperando, sin contar con ninguna defensa. Es un problema de gestión.

#### 6. ¿Cómo se desarrolla una audiencia de flagrancia?

Muchas veces la policía no puede justificar la detención realizada, porque las circunstancias no son claras, se utiliza mucho la expresión "actitud sospechosa" pero, ¿qué es eso? Ni los jueces ni los defensores públicos lo cuestionan, simplemente lo aceptan. Por un lado, nunca se examina realmente la legalidad de la detención, aunque siempre se debería hacerlo ya que es el primer requisito de flagrancia.

Por otro lado, el contenido de la audiencia se centra más o menos en el parte policial y las diligencias realizadas en las primeras 20 horas, y la defensa no tiene acceso ni al defendido ni al expediente, por tanto, no tienen la posibilidad real de cuestionar esos elementos. Todo lo que hace fiscalía es leer el parte policial (escrito) y es la única prueba que justifica la privación de libertad, nunca se cuestiona lo que está escrito en el parte policial y tampoco el fiscal tiene el impulso de enviar a la policía a investigar. Supuestamente en un sistema oral y adversarial este problema ya debería estar superado pero la defensa no tiene ningún rol, solo espera. El sistema de justicia es muy débil.

#### 7. ¿Cuándo se necesita la prisión preventiva?

Por ejemplo, cuando una persona es tan poderosa y tiene tantos recursos que de verdad podría fugarse o permanecer escondido por mucho tiempo, porque para eso se necesita falsificar pasaportes, obtener tarjetas de crédito, etc. Pero en la realidad, las personas pobres, que viven en la informalidad, que no pueden presentar contratos de arriendo, de trabajo, que no tienen el dinero para esconderse por mucho tiempo, son las que más van a la cárcel. Se necesitaría entonces, de

trabajadores sociales, que conozcan el barrio de la persona procesada, constaten los arraigos que ella tiene con su barrio, y examinen dónde puede esconderse si no tiene ni dinero para pagar un abogado. Solo con eso se podría evitar numerosos casos de prisión preventiva, aceptando el arraigo del barrio a través de un testimonio de un trabajador social, por ejemplo. Al final, termina siendo más barato para el estado.

8. ¿Cómo limitar el uso indiscriminado de la prisión preventiva?

Aplicando la constitución y el COIP. Eso ya limitaría el uso excesivo de prisión preventiva. Además, los jueces deberían salir de la óptica de intentar evitar la impunidad a cualquier costo, siempre es una ponderación entre el interés del Estado de realizar el juicio y el bien jurídico protegido de la libertad. Para realizar esa ponderación se necesita probabilidades de fuga y empíricamente la fuga es muy costosa, si se quiere permanecer escondido mucho tiempo no se puede volver al trabajo ni a la casa: se necesita mucho dinero para mantenerse así.

Asimismo, la policía debería trabajar de otra manera. Si la persona no viene al juicio debería ir al barrio en el que esta persona vive y hacer averiguaciones. Muchas veces la persona no se fuga, sino que se queda en su casa, de pronto no le notificaron o pasó algo.

**Anexo 6. Entrevista realizada a Diego Zalamea, PhD en Derecho Penal y coordinador del proyecto piloto de la Unidad de Medidas Alternativas Previas a Juicio en la ciudad de Cuenca.**

1. ¿Cuál es la razón de ser las Unidades de supervisión y control de medidas?

En primer lugar, es importante entender que el concepto de incentivo de fuga alude a las razones por las cuales una persona se iría. ¿Por qué se fugaría? Por el miedo a la cárcel. Y obviamente suele haber una relación bastante directa entre qué tan grande es la pena y cuál es el incentivo que hay para irse. Siempre la fiscalía tiene esa carta a su favor para pedir prisión preventiva cuando el delito tiene una sanción mayor a un año.

Mientras tanto, una herramienta de la defensa es el arraigo social, correctamente utilizado. Aquí la litigación es deficiente porque muchas veces se invierte la carga de la prueba y se usa eso contra el procesado. "La defensa no ha justificado arraigo, esa es la razón por la que pido prisión preventiva" dice el fiscal, pero la defensa no debe justificar nada, quien está pidiendo prisión preventiva es Fiscalía y ella debe argumentar. Que la persona procesada no tenga ningún arraigo social no significa automáticamente que se puede pedir prisión preventiva en su contra, significa que no tiene razones para quedarse. El fiscal no tiene que demostrar que no existen razones para quedarse, sino que se va a fugar el sujeto detenido.

Si no tenemos arraigo social siempre existe un desbalance entre la defensa y la acusación. Entonces, la Unidad pretende equilibrar a estos dos actores a través de la información que proporciona.

2. ¿Cuál es la función principal de las Unidades de supervisión y control de medidas?

Saber quién es la persona detenida, para evaluar la necesidad de la prisión preventiva. En el día de audiencia no se tiene ni idea de quién es el sujeto procesado, frente a esto las Unidades proporcionan información a la fiscalía y a la defensoría, para presentar argumentos más sólidos.

### 3. ¿Qué metodología aplican estas Unidades?

Se utiliza indicadores para tener resultados objetivos y se brinda el servicio de diagnóstico y seguimiento. La persona es detenida e inmediatamente se le notifica a la Unidad, la misma que tiene que ser tremendamente eficiente para que no sea superada por los costos que produce. Después del fiscal entra el personal de la unidad a entrevistarse con la persona detenida, se le aclara que no se va a hablar del delito sino de quién es ella en su comunidad, de los lazos que le unen a su entorno, del sitio en el que trabajo, de cuánto gana, qué tipo de contrato tiene, entre otros. El individuo detenido decide si responder o no. Posteriormente, se confirma la información recopilada y, por ejemplo, se llama al sitio del trabajo para corroborar los datos.

El informe que se emite es para las dos partes: la fiscalía y la defensa. En ese tiempo, el acuerdo era pasarles el informe 4 horas antes para que tengan más herramientas para investigar con mayor facilidad. La Unidad no recomienda prisión preventiva, pero en casos en los que los arraigos sociales son objetivamente altos, la unidad recomienda una medida cautelar y se pone al servicio del juzgador para realizar el seguimiento pertinente. El personal de la Unidad va a la audiencia, sobre todo porque según un estudio realizado en México, las personas procesadas en la audiencia de flagrancia están pendientes de si van a poder quedarse libres o privadas de libertad y, en consecuencia, al final no entienden realmente las medidas alternativas dispuestas por el juzgador. En este sentido, la Unidad le explica y luego diseña, en conjunto, un plan de

seguimiento, que puede basarse en llamadas telefónicas, en función de las actividades diarias de la persona.

Además, se le recuerdan las obligaciones al sujeto procesado, se le llama un día antes, por ejemplo. Dependiendo de los recursos también se puede trasladar a la persona a las audiencias, así se va fortaleciendo su compromiso.

4. ¿Cuál era el objetivo específico del seguimiento?

El objetivo era que los jueces se sientan seguros que las medidas alternativas funcionan y, en consecuencia, el número de prisiones preventivas disminuya.

5. ¿Cómo se mide el éxito de un sistema de seguimiento de medidas cautelares?

Un buen esquema de manejo cautelar no quiere decir éxito de 100%. Si se tiene 80% de casos que funcionan ya es un éxito. En México, por ejemplo, hay un 93,3% de cumplimiento y un 6,7% de fuga, pero eso es un éxito absoluto si se compara con lo que antes pasaba.

6. ¿El seguimiento debería ser obligatorio y no facultativo del juez?

Si, debería ser obligatorio. Para eso debe trabajarse con los jueces para que no lo asimilen como una interferencia en sus funciones porque realmente no lo es.