

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Penal

**El arraigo y su incidencia en la prisión preventiva en la legislación
ecuatoriana**

Marco Ramiro Chiluisa Santo

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2023



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Marco Ramiro Chiluisa Santos, autor del trabajo intitulado: “El arraigo y su incidencia en la prisión preventiva en la legislación ecuatoriana”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Magíster en Derechos Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que, en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

11 de octubre de 2023

Firma: _____



Resumen

En la presente investigación se buscó conocer si la disposición de justificar arraigos como requisito para sustituir la prisión preventiva puede considerarse como arbitraria, discriminadora e inconstitucional. Para lo cual se revisó la doctrina, constitución, tratados de derechos humanos, leyes, jurisprudencia y práctica judicial referente a la prisión preventiva y los arraigos; así como la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador y el voto concurrente.

El estudio fue de análisis jurídico, con normas estudiadas de alcance nacional. La tesis tuvo enfoque cualitativo, empleó principalmente el método bibliográfico. Como fuentes primarias se consultaron instrumentos internacionales de derechos humanos y normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Como fuentes secundarias se recurrió a libros, artículos científicos, tesis y publicaciones electrónicas. En el primer capítulo se empleó el método deductivo, se estudió la prisión preventiva como medida cautelar y los principios que la limitan. En el segundo capítulo se empleó el análisis crítico, se estudió el arraigo frente al riesgo procesal y la exigencia de los mismos como práctica ilegal e inconstitucional. Además se analizó un caso de la jurisdicción ordinaria sobre la prisión preventiva y el arraigo. En el tercer capítulo se empleó el método inductivo, se hizo un profundo análisis jurídico de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador, para comparar los criterios allí expresados con la posición de esta tesis sobre la inconstitucionalidad del requisito de demostrar arraigos para evitar la prisión preventiva. Se utilizó como, enfoque ético, la lógica objetiva.

Se obtuvo que la exigencia de arraigos es arbitraria, discriminatoria e inconstitucional. Es una práctica judicial consuetudinaria, que no está establecida en la ley, que afecta principalmente a personas de escasos recursos económicos y que va en contra de: los principios de legalidad, no discriminación, presunción de inocencia, además se opone a los derechos al debido proceso, la libertad, y otros derechos conexos.

Palabras clave: prisión preventiva, arraigo, derecho a la libertad, presunción de inocencia, inconstitucionalidad

Agradecimientos

Agradezco a mi padre Luis Enrique Chiluisa Cayo y a mi madre María Judith Santo Pillo por su apoyo constante durante toda mi carrera.

Tabla de contenidos

Introducción.....	11
Capítulo primero: La prisión preventiva como medida cautelar	17
1. Antecedentes históricos	19
2. La prisión preventiva en el Estado constitucional	21
2.1. Previsión constitucional	23
2.2. Regulación en el Código Orgánico Integral Penal	27
3. La prisión preventiva y su reconocimiento en tratados y convenios internacionales	27
4. Finalidad y revisabilidad de la prisión preventiva	29
4.1. Finalidad de la prisión preventiva	29
4.2. La revisabilidad de la prisión preventiva	30
5. Principios que limitan la prisión preventiva	32
5.1. Legalidad	32
5.2. Presunción de inocencia	33
5.3. Excepcionalidad	34
5.4. Necesidad y razonabilidad	35
5.5. Proporcionalidad	36
Capítulo segundo: El arraigo frente al riesgo procesal	39
1. Definición y tipos de arraigo.....	39
2. El principio de legalidad frente al arraigo.....	44
3. La subjetividad e impredecibilidad del riesgo procesal	48
4. El arraigo como criterio de análisis en el peligro de fuga.....	53
5. El requisito de arraigo como práctica ilegal e inconstitucional	59
6. Análisis del arraigo dentro del recurso de apelación de prisión preventiva	64
Capítulo tercero: Análisis de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador.....	73
1. Antecedentes del caso concreto	74
2. Argumentos de la consulta de constitucionalidad de la norma	79
3. Análisis efectuado por la Corte Constitucional del Ecuador	83
4. Aspectos relevantes consignados en el voto concurrente	88

5. Apreciación crítica de los argumentos centrales del fallo y voto concurrente	94
Conclusiones.....	99
Bibliografía.....	103

Introducción

Esta investigación analiza el conflicto existente en el sistema penal ecuatoriano en que: la prisión preventiva, impuesta por los juzgadores, afecta el derecho a la libertad y la presunción de inocencia de las personas que no pueden justificar arraigos. Los cuales inciden de manera determinante a la hora de dictar o revisar esta medida cautelar.

El desarrollo de la investigación es parte del análisis de una problemática jurídica que se encuentra latente. Los administradores de justicia en ocasiones no realizan una adecuada valoración y aplicación de los principios rectores de la prisión preventiva. La normativa penal no especifica los arraigos como un requisito, más, en la praxis, los jueces los consideran relevantes para emitir sus decisiones. Consideran que al poseer un domicilio o trabajo estable, no existiría peligro de fuga; y de otro lado, la falta de arraigo social debe generar encarcelamiento preventivo. Este requerimiento debe analizarse desde los parámetros de la ilegalidad e inconstitucional.

El tema es controversial y discutido desde diferentes aristas. Los organismos internacionales de derechos humanos han normado el uso de la prisión preventiva. El Sistema Universal de Derechos Humanos (SUDH) prevé como fin de esta medida cautelar: el garantizar el desarrollo eficiente de la investigación y la comparecencia del procesado en el juicio.¹ El artículo 9 numeral 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) señala que la prisión preventiva no debe ser la regla y que su objetivo es la comparecencia del acusado a juicio y el cumplimiento del fallo.² En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) no hay convenciones específicas sobre la prisión preventiva; empero, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) a través de su jurisprudencia vinculante determinó su naturaleza como una medida cautelar de excepcional aplicación.³ Esta normativa forma parte del bloque de constitucionalidad de Ecuador.

En el derecho interno, la Constitución norma la prisión preventiva entre las garantías básicas de las personas privadas de la libertad, dándole carácter de excepción y

¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, 18 de agosto de 2021, 9, https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf.

² ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre del 1966, art. 9, núm. 3, Resolución 2200 A (XXI).

³ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, 07 de septiembre de 2004, párr. 106, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_c114_esp.pdf.

estableciendo fechas de caducidad.⁴ El Código Orgánico Integral Penal (COIP) señala detalladamente sus características, procedencia y revisabilidad.⁵ Y resulta muy interesante que, en toda esta ley orgánica no existe la palabra arraigo. Exponiendo la exigencia de demostrarlos, contraria al principio de legalidad. Además, es Fiscalía a quien corresponde el *onus probandi*⁶ y tiene la obligación de acreditar: “la existencia del riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para aplacar ese peligro”,⁷ y que sería necesario dictar la prisión preventiva en determinado caso. Es necesario tener en cuenta “que los elementos que sirven para fundamentar la prisión preventiva deben ser racionalizados, lógicos y objetivos, sin caer en fundamentaciones subjetivas”.⁸ Por el contrario, la persona procesada no está obligada a justificar el arraigo.

El uso excesivo de la prisión preventiva y penas privativas de la libertad es contrario a la Constitución.⁹ La jueza o juez debe aplicar medidas cautelares alternativas a la privación de libertad.¹⁰ Los límites normativos a la solicitud de prisión preventiva como medida cautelar requerida por parte de la Fiscalía General del Estado, y la valoración de los arraigos por parte del juzgador, constituyen el núcleo esencial de este trabajo de investigación. Este trabajo es importante porque aporta elementos para esclarecer: cómo, en la actualidad, la mayoría de jueces vulneran el principio de presunción de inocencia de los procesados, aplicando de manera desproporcionada la prisión preventiva. El tema es novedoso, trata un problema jurídico que se ha venido presenciando años atrás. Se piden arraigos como requisito para no aplicar la prisión preventiva. Para ello se requiere que la persona tenga un domicilio fijo y un trabajo; y, la mayoría de las personas pobres carecen de esos recursos. Entonces, automáticamente se les aplica esta medida vulnerando su derecho a la libertad. El estudio es factible porque se cuenta con la suficiente información documental que, contribuirá al enriquecimiento académico y al conocimiento del público en general.

⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 77, núm. 1.

⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014, art. 534-41.

⁶ Carga de la prueba; Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 2006), 269.

⁷ Ecuador, Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado, “Sentencia de Apelación”, en *Juicio n.º: . 09133-2022-00030*, de 22 de junio de 2022, párr. 53, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/bitacora/Sentencia-de-apelacion-09133-2022-00030.pdf>.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1 y 11.

¹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 522.

Los objetivos de este estudio son: 1. Analizar desde el punto de vista jurídico el instituto de la prisión preventiva como una medida cautelar y su finalidad en el modelo de Estado constitucional. 2. Determinar si los arraigos deben ser considerados por el juez como un requisito para la sustitución de la prisión preventiva. 3. Examinar los aspectos relevantes de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador (CC) y las consideraciones expuestas en el voto concurrente. Estos objetivos fueron planteados a fin de responder la siguiente pregunta de investigación: ¿La disposición de justificar arraigos como requisito para sustituir la prisión preventiva puede considerarse como arbitraria, discriminadora e inconstitucional?

Los conceptos nucleares que guían este trabajo son: 1. Prisión preventiva desde la visión de Miguel Carbonell quien indica que es un instrumento delicado porque produce la encarcelación de quien apenas ha sido acusado.¹¹ Y Luigi Ferrajoli quien indica que “El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, [...] así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, [...] [y la] igualdad [...] para que el acusador no pueda hacer trampas”.¹² 2. El Arraigo desde el aporte de Ávila como una práctica procesal generalizada, discriminatoria, perversa e inconstitucional, que no está contemplada en la ley; y que sirve para evaluar el peligro de fuga. Hace que las personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, puedan ir a la cárcel sin condena.¹³ 3. La presunción de inocencia señalada por Javier Llobet como una garantía básica puede coexistir con la prisión preventiva, puesto que los instrumentos de derechos humanos norman ambas.¹⁴ Esta garantía debe ser respetada, Tara Melish señala que “los Estados partes [de la Convención Americana de Derechos Humanos] se comprometen a respetar y garantizar el libre y total ejercicio de cada uno de los derechos”.¹⁵ 4. Lo Inconstitucional, como un “un acto irregular inhabilitado para crear vínculos jurídicos, pero como es erróneamente confundido con un acto legítimo, en numerosos casos produce obligaciones”.¹⁶

¹¹ Miguel Carbonell, “El abuso de la prisión preventiva”, *Miguel Carbonell*, 01 de abril de 2022, párr. 5, <https://miguelcarbonell.me/2022/04/01/el-abuso-de-la-prision-preventiva/>.

¹² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Trotta, 2004), 559, <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0edb73b407c9529.pdf>

¹³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto Concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, párr. 20.

¹⁴ Javier Llobet Rodríguez, “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* 24 (2009): 125, <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968006>.

¹⁵ Tara Melish “Estableciendo la responsabilidad del Estado: El deber de respetar, el deber de garantizar y el principio de progresividad”, en *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Tara Melish, (Quito: CDES, 2003), 171.

¹⁶ Oscar Dávila, ed. “Derecho: Las leyes inconstitucionales”, *Revista de derecho jurisprudencia y ciencias sociales* 13, n.º 9 (1818): 221,

La presente tesis tiene enfoque cualitativo que “se sustenta en evidencias que se orientan más hacia la descripción profunda del fenómeno con la finalidad de comprenderlo y explicarlo”¹⁷ Se emplea principalmente el método bibliográfico para “recopilar, organizar, sistematizar y analizar la información encontrada”.¹⁸ Como fuentes primarias se consultaron instrumentos internacionales de derechos humanos de *hard law*¹⁹ y normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Como fuentes secundarias se recurrió a libros, artículos científicos, tesis y publicaciones electrónicas.

La investigación se expone en tres capítulos. En el primer capítulo y en la tesis en general se emplea el método deductivo “que va de lo universal o general a lo particular”.²⁰ En este capítulo se estudia la prisión preventiva como medida cautelar; la historia de esta institución jurídica, su normativa constitucional, convencional y legal; así como los principios que la limitan. En el segundo capítulo se emplea el análisis crítico que “es la evaluación interna del desarrollo lógico de las ideas, planteamientos o propuestas”.²¹ Se estudia el arraigo frente al riesgo procesal; su definición y tipos; su relación con el principio de legalidad; la subjetividad de la determinación del riesgo procesal y peligro de fuga; y el requisito de arraigo como práctica ilegal e inconstitucional. Además se incluye un caso de apelación al auto que concede la prisión preventiva, donde se deja sin efecto la medida tras la verificación de arraigo social. En el tercer capítulo se emplea el método inductivo que “parte de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar a conclusiones, cuya aplicación sea de carácter general”.²² Allí se hace un profundo análisis jurídico de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del

https://www.google.com.ec/books/edition/Revista_de_derecho_jurisprudencia_y_cien/sJYvAAAAIAAJ?hl=es&gbpv=1.

¹⁷ Fabio Sánchez, “Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos”, *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria* 13, n.º1 (2019): 104, <http://dx.doi.org/10.19083/ridu.2019.644>.

¹⁸ Paulo Arboleda, “La violencia política en Colombia: Justicia transicional en el marco del proceso de paz entre el gobierno Santos y las FARC-EP”, *Prolegómenos* 16, n.º32 (2013): 49, <https://doi.org/10.18359/dere.754>.

¹⁹ Luis Sánchez, “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 39 (2019): 468, <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/14293/pdf>.

²⁰ Iván Hurtado y Josefina Toro, *Paradigmas y métodos de investigación de en tiempos de cambio* (Caracas: El Nacional, 2007), 62, https://www.google.com.ec/books/edition/Paradigmas_Y_Metodos_de_Investigacion_en/pTHLXXMa90sC?hl=es.

²¹ Carlos Zarzar, *Crítica y propuesta* (Cd. De México: Grupo Editorial Patria, 2020), 10, https://www.google.com.ec/books/edition/Cr%C3%ADtica_y_Propuesta/z5otEAAAQBAJ?hl=es

²² César Bernal, *Metodología de la Investigación: Para administración, economía, humanidades y ciencias sociales* (Naucalpan: Pearson Education, 2006), 56, https://www.google.com.ec/books/edition/Metodolog_a_de_la_investigaci_n/h4X_eFai59oC?hl=es.

Ecuador.²³ A fin de comparar los criterios expresados en esa norma jurídica con la posición de esta tesis: sobre la inconstitucionalidad del requisito de demostrar arraigos para evitar la prisión preventiva. Como enfoque ético se emplea una lógica objetiva, eliminando conclusiones subjetivas, parciales o sin fundamentos.

Se obtuvo que la exigencia de arraigos es una práctica judicial consuetudinaria, que no está establecida en la ley, que afecta principalmente a personas de escasos recursos económicos y que va en contra de: los principios de legalidad, no discriminación, presunción de inocencia, además se opone a los derechos al debido proceso, la libertad, y otros derechos conexos.

²³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN*.

Capítulo primero: La prisión preventiva como medida cautelar

En este capítulo se analiza jurídicamente el instituto de la prisión preventiva como una medida cautelar y su finalidad en el modelo de Estado constitucional. Se compilan los antecedentes históricos de la prisión preventiva. Se revisa su estatus en el Estado Constitucional y su regulación en la constitución, la ley ecuatoriana y los tratados internacionales de derechos humanos. Se estudia su finalidad y revisabilidad; y los principios jurídicos que la limitan. Se aplica el método deductivo que va de lo general a lo particular.

La prisión preventiva es conocida también como “prisión cautelar o precautoria [...] es la privación de la libertad impuesta por la autoridad judicial, previa a la sentencia, con el propósito de asegurar la presencia del reo a juicio y para tener la certeza de que se ejecutará la resolución que se dicte”.²⁴ Su objetivo es asegurar la presencia del procesado y, de ser el caso, en la ejecución de la pena.

Es una medida cautelar personal, de carácter excepcional, restrictiva y de última ratio legis, cuya finalidad es garantizar la inmediación del procesado al proceso, la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de las indemnización de daños y perjuicios al ofendido, siempre que [...] sea absolutamente necesario recurrir a ella, y las medidas no privativas de la libertad sean insuficientes.²⁵

La medida es de carácter excepcional y solo procede en caso de absoluta necesidad, y cuando se hayan descartado otras medidas como ineficaces para su propósito. Las características de esta medida pueden diferir entre los ordenamientos jurídicos. Sobre su justificación existen varias posiciones: Unos dicen que “es solo una garantía que los poderes públicos se han visto obligados a tomar contra los que resulten autores de un delito, a fin de que el día que sean condenados no quede burlada la justicia penal”.²⁶ En esta posición claramente se elimina de raíz la presunción de inocencia. Otra posición sugiere que “la generalización de la prisión preventiva es absolutamente

²⁴ Antonia Belmares Rodríguez, “Análisis de la Prisión Preventiva” (tesis de maestría, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003), 3, <http://eprints.uanl.mx/5243/1/1020148441.PDF>.

²⁵ Luisa Buestán Chávez, “La prisión preventiva como medida cautelar excepcional en el sistema procesal ecuatoriano” (tesis de especialización, Universidad del Azuay, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 4, <https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/6629>.

²⁶ Argentina Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional, “Sentencia de 1.º Instancia”, en *Juicio s.n.*, 04 de mayo de 1915, 162, https://www.google.com.ec/books/edition/Jurisprudencia_de_los_tribunales_naciona/pCkoAQAAMAAJ?hl=es.

inaceptable, pues conculca la presunción de inocencia y las garantías del debido proceso. [...] Las decisiones a adoptar en el proceso futuro [...] van a estar precondicionadas”.²⁷

Esta medida afecta a la libertad y a la presunción de inocencia. Miguel Carbonell indica que “es un instrumento de privación de la libertad muy delicado, porque recae en personas respecto a las que se formula una acusación [...] pero que gozan de forma inequívoca de la presunción de inocencia [...] la persona es encarcelada pese a que todavía no ha recibido una sentencia que señale que es culpable de haber cometido un delito”.²⁸ Secundándolo, Luigi Ferrajoli expresa que

El imputado debe comparecer libre ante sus jueces, no sólo porque así se asegura la dignidad del ciudadano presunto inocente, sino también [...] por necesidades procesales: para que quede situado en pie de igualdad con la acusación; para que después del interrogatorio y antes del juicio pueda organizar eficazmente sus defensas; para que el acusador no pueda hacer trampas, construyendo acusaciones y manipulando las pruebas a sus espaldas.²⁹

Sin embargo la prisión preventiva y la presunción de inocencia pueden coexistir. En la práctica lo que hace el derecho es ponderar cuál de ellas prevalecerá. Cabanellas señala que la prisión preventiva es la “que durante la tramitación de una causa penal se decreta por resolución de juez competente, por existir sospechas en contra del detenido por un delito y por razones de seguridad”.³⁰ Se contraponen la libertad del procesado y el aseguramiento del proceso. Este conflicto de derechos plantea dos preguntas: La primera, ¿qué sucede si el inculcado es inocente? Entonces hay una privación de la libertad injusta. La segunda, ¿Qué sucede si el acusado se esconde o escapa de la jurisdicción territorial donde se le imputa un delito? Entonces el Estado fue ineficaz en su obligación de investigar y sancionar los delitos.³¹ Sin embargo, hay una tercera pregunta más importante para esta investigación: ¿es legal que las personas procesadas deban presentar al juzgador prueba de arraigos para la sustitución de la prisión preventiva? La respuesta a esta pregunta se analizará principalmente en los capítulos dos y tres.

Como medida cautelar es “una institución procesal a través del cual el órgano jurisdiccional, a propuesta de una de las partes, asegura el cumplimiento del fallo

²⁷ Manuel Miranda, “Medidas de Coerción”, en *Derecho Penal Procesal*, ed. Claudio Medrano et al. (Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura ENJ, 2006), 223, https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_Procesal_Penal/XK-1YAQq5PAC?hl=es.

²⁸ Miguel Carbonell, “El abuso de la prisión preventiva”, párr. 5.

²⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 559.

³⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 306.

³¹ Tara Melish ““Enfoque según el artículo 26’: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA”, en *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Tara Melish, (Quito: CDES, 2003), 391.

definitivo [...] ordenando se adelanten algunos efectos del fallo o asegurando que las condiciones materiales [...] no sean modificadas”.³² Es entonces que el Derecho se anticipa y asegura la presencia del procesado. “La medida de prisión preventiva debe ser la excepción, [...] la regla general debe ser la libertad”³³ Es decir que solo se la empleará en caso de que ninguna otra medida sea suficiente para mitigar el riesgo procesal. Actualmente existen muchas críticas doctrinarias a la prisión preventiva como medida cautelar. “Alegan la ilegitimidad de la prisión preventiva así concebida”.³⁴ Es que sin importar el nombre que se le ponga a la medida o su finalidad, el resultado siempre será que se encarcela a una persona cuya presunción de inocencia tiene intacta. En caso de absolución del procesado, algunos países contemplan la indemnización³⁵ por haber padecido la prisión preventiva.

1. Antecedentes históricos

En esta sección se tratará sobre la historia de la prisión preventiva en el Derecho. Por el alcance del estudio, solo se analizará el Derecho de base romanista,³⁶ debido a que es el empleado en América Latina y más específicamente en Ecuador, dejando de lado la historia de la prisión preventiva en el sistema jurídico anglosajón.

La prisión preventiva se remonta al mundo antiguo. En los primeros estados griegos, no existía. Fue a partir de Roma que la prisión preventiva empezó a aplicarse de manera limitada y cobró los rasgos característicos que tiene actualmente. Durante el periodo monárquico de Roma, desde el siglo VIII a. de C. hasta los primeros años de la República, los jueces penales y magistrados impusieron esta medida como instrumento para la persecución de delitos. Se abusó de la prisión preventiva de manera arbitraria e ilimitada. A partir del siglo V a. de C. y hasta 134 a. de C. con la vigencia de la Ley de las Doce Tablas el inculcado quedaba libre para defenderse en libertad, con la sola condición de que algunos ciudadanos *fiadores*, respondiesen por él. Posteriormente la

³² Juan Monroy Gálvez, “El juez nacional y la medida cautelar”, *Derecho & Sociedad* 2, (1990): 42-3, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196>.

³³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto Concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, párr. 18

³⁴ Diego Dei Vecchi, “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”, *Valdivia* 26, n.º2 (2013): 189, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000200008>.

³⁵ Ronald Pacheco-Reyes, “La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos?”, *Derecho del Estado* 51 (2021): 313, <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.10>.

³⁶ Catalano di Pierangelo “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”, *Visioni Latinoamericane*, accedido el 03 de abril de 2023, párr. 1, <https://www.visionilatinoamericane.com/it/node/106>.

prisión preventiva no se aplicaba. El ciudadano estaba exento de esta medida con excepción de delitos flagrantes, contra el Estado y cuando mediaba confesión.³⁷

Durante la Edad Media se aplicaron dos sistemas. El sistema acusatorio que provenía del derecho romano y en el cual se respetaba la libertad del acusado. Y por otro lado el sistema inquisitorio que llegó a imperar, donde se tomaba a la prisión preventiva como un mal necesario, se la aplicaba comúnmente y los derechos del acusado eran objeto de una vaga formulación. Bajo la inquisición del medioevo la captura del acusado era una operación preliminar que servía para después someter al acusado a tortura en un proceso secreto que finalizaba en confesión.³⁸ Se consideraban válidas prácticas penales intimidatorias y ejemplarizantes.³⁹ Además del abuso propio de las mismas. Desde el punto de vista del Derecho actual y dejando a un lado fanatismo ideológico, o religioso en el caso de la edad media, el sistema inquisitorio sería considerado la ejecución de crímenes de Estado. Se observa que en esta época no solo se vulnera el derecho a la libertad y presunción de inocencia de la persona, sino incluso el derecho a la integridad.

En la Edad Moderna hay un cambio de paradigma en Europa debido a la Revolución Francesa, la redacción de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el surgimiento de textos constitucionales. Se reglamentó la procedencia de una detención mediante mandamiento, con requisitos necesarios como: causales específicas, ser emitidas por autoridad competente, expresar los motivos de detención y la ley en que se fundaban. Estas normas incluso autorizaban a repeler por la fuerza detenciones ilegales. Algunas constituciones europeas establecieron límites a la prisión preventiva, mientras que otras dejaron la tarea a leyes.⁴⁰ En España el respeto a la libertad personal estaba sometida a confusión y también a abusos. La Constitución de Cádiz de, cuya aprobación se dio en marzo de 1812 limitó a la prisión preventiva a casos sancionados con castigos físicos. Mientras que la Constitución de 1876 dejaba a la legislación secundaria los casos en que se aplicaría.⁴¹

En América Latina, durante el periodo colonial se usaron las leyes españolas. Como fuentes relevantes del derecho penal se pueden citar las *Siete Partidas* y las *Reales*

³⁷ Jesús Rodríguez y Rodríguez, "La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado" (México, D.F.: UNAM, 1981), 18-9, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/9675/capitulo-i.pdf?sequence=5&isAllowed=y>

³⁸ *Ibíd.*, 21.

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ *Ibíd.*, 23.

⁴¹ *Ibíd.*, 26.

Cédulas contenidas en las *Leyes de los Reinos de Indias* de 1680. En Derecho Penal en América se caracterizó por ser un teatro del terror, con un sistema penal inquisitorio en que la prisión del acusado era un acto preliminar; y con penas como la muerte, castigos corporales, tortura, desmembramientos, confiscación de bienes, destierros y multas. La pena privativa de libertad casi no existía por las limitaciones económicas que tenía el Estado para nutrir por largos años a personas encarceladas.⁴²

En Ecuador, en la época republicana las primeras constituciones de 1830 y de 1835 hablan de la detención por delito flagrante. En esta época se aplicó la detención del inculcado. En 1845 se incluye el principio de presunción de inocencia y en 1850 se establece la fianza para que quien sea acusado de un delito pueda defenderse en libertad. En 1871 se dan facultades para dictar medidas cautelares a un gran número de autoridades.⁴³ Durante el resto de la vida constitucional no se dan grandes cambios con relación a la prisión preventiva, más bien se dan normas sobre la orden motivada del juez para detención y allanamiento, la eliminación de la pena de muerte, la eliminación de la prisión por deudas, y se establece el hábeas corpus.⁴⁴

El análisis de la prisión preventiva debe ser entendido con aplicación irregular y no siempre ajustada a la norma, fue objeto de numerosos abusos⁴⁵ por parte de las autoridades encargadas de dictar y ejecutar esta medida. Además, dentro de la historia republicana tanto de Ecuador como de otros países de Latinoamérica, existieron épocas de dictaduras civiles y militares en que derechos como la presunción de inocencia, la libertad, y la integridad no se respetaron.

2. La prisión preventiva en el Estado constitucional

Por motivos de una adecuada exposición en esta sección se iniciará hablando de las dos últimas constituciones de Ecuador. La Constitución Política de la República de 1998 señaló que la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en delitos

⁴² Bernd Marquardt, "Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)", *Pensamiento Jurídico* 49 (2019): 19-26, <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/83592/pdf>.

⁴³ José Alberto Andrade Cárdenas, "La prisión preventiva, una medida excepcional en un Estado constitucional de derechos y justicia" (tesis de maestría, Universidad de Cuenca, 2020), 25, <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/35042/1/Trabajo%20de%20Titulaci%C3%B3n.pdf>.

⁴⁴ *Ibíd.*, 26.

⁴⁵ *Ibíd.*, 27.

sancionados con prisión y de un año en los sancionados con reclusión.⁴⁶ Le dio carácter temporal, para que la libertad de una persona no se vea mermada por ineficiencia en la administración de justicia. Sin embargo, en 2003 el Congreso Nacional incorporó en el Código de Procedimiento Penal la *detención en firme*, figura que podía ser dictada una vez vencidos los plazos de la prisión preventiva, violando los derechos de las personas acusadas de algún delito, y llevando su privación de libertad sin sentencia a años. Esta medida fue declarada inconstitucional en 2006 por el Tribunal Constitucional, porque no tenía congruencia con la Carta Magna ni con tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador.⁴⁷ La Constitución de Montecristi de 2008, vigente actualmente, reiteró el texto de la Constitución Política de la República de 1998, y agregó la excepcionalidad, obligando a jueces dictar otra clase de medidas primero. Esto garantizó a las personas acusadas de ciertos delitos defenderse en libertad.⁴⁸

La formulación actual de esta institución jurídica debe ser analizada dentro de lo que significa el Estado Constitucional. El Estado “es una sociedad de hombres independientes, establecida de manera permanente en un territorio fijo y determinado, con un gobierno autónomo que la dirige hacia [un] fin común”.⁴⁹ Esta definición bastante completa deja de lado la protección de derechos. Es ahí donde tiene cabida el concepto de Estado constitucional. Este “es [...] [el] sometimiento del poder al Derecho, es decir, la realización institucional del ideal constitucionalista de un gobierno limitado por el Derecho de modo que se evite su ejercicio arbitrario”.⁵⁰ El Derecho encarnado en una Carta Magna es quien gobierna el Estado pues expresa la voluntad constituyente del mismo. El Estado constitucional es:

aquel que debe tener la norma suprema como el eje fundamental del ordenamiento jurídico, el cual debe ser legítima en su creación y reforma, acudiendo al poder soberano e ilimitado del constituyente primario. Además, que para poder respetar su voluntad debe tener un tribunal constitucional para este propósito, pues siendo un poder constituido,

⁴⁶ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador*, Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998, art. 24, núm. 8.

⁴⁷ Rommel Gustavo Haro Sarabia, “La prisión preventiva: Breve estudio en Argentina y Ecuador. Tratamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Científica Multidisciplinaria de la Universidad Metropolitana de Ecuador* 4, n.º 2 (2021): 162, <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/389/409>.

⁴⁸ *Ibíd.*, 162-3.

⁴⁹ Georges Bry, “Derecho internacional público puesto al corriente de los progresos de la ciencia y del derecho positivo para los funcionarios diplomáticos y consulares y para los que se dedican al estudio de este derecho” (Michigan: La España Moderna, 1922), 40, https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_internacional_p%C3%BAblico_puesto_al/tBgwAQAAMAAJ?hl=es.

⁵⁰ Antonio Manuel Peña Freire, “La constitución del Estado de derecho”, *AFD* 36 (2020): 89, https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2020-10008700110.

tiene unas acciones que hacen posible el respeto de los derechos constitucionales, frente al abuso del poder del legislador y el gobierno.⁵¹

Así, la prisión preventiva se enmarca como una limitante al poder punitivo y coercitivo del Estado. El límite tiene el máximo rango normativo al estar establecido en la Constitución, a la que se deben someter otras normas y la actuación de todos los funcionarios y agentes del Estado. La regulación de los plazos de caducidad de la prisión preventiva se establecen como una garantía (mecanismo de exigibilidad) básica.⁵² Dos puntos se deben resaltar. Primero, la constitución por su estructura y sus principios⁵³ da a las regulaciones sobre prisión preventiva interdependencia con derechos como la libertad, el debido proceso, el derecho a la integridad, la reparación integral entre otros.⁵⁴ Segundo, las disposiciones de rango constitucional sobre la prisión preventiva no se limitan a las establecidas en la Constitución de Montecristi de 2008, sino que se complementan con los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador, las decisiones de la Corte Constitucional, y las modificaciones aprobadas en referéndum, como precisamente sucedió con la prisión preventiva en 2011.⁵⁵

2.1. Previsión constitucional

La Constitución establece al Ecuador como “un Estado constitucional de derechos y justicia”.⁵⁶ Es decir, que una de las características fundamentales es que el enfoque de la organización social estatal está dirigido al respeto de los derechos; y la justicia como mecanismo para la realización de los derechos y la corrección de las desviaciones de comportamiento de los individuos. Aplicado a la prisión preventiva está contemplado dentro del Derecho constitucional y procesal penal. Esta fórmula establecida en el primer artículo de la Carta Magna “es [...] un concepto amplio, que alude al gobierno sometido a leyes, con énfasis en el respeto a los derechos y garantías de las personas”.⁵⁷ La

⁵¹ Carlos Cárdenas y Juan Hernández, “El buen vivir y los derechos constitucionales dentro del Estado constitucional y democrático en América Latina”, *Derecho y Realidad* 16, n.º 32 (2018): 52, <https://doi.org/10.19053/16923936.v16.n32.2018.9785>.

⁵² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77.

⁵³ *Ibíd.*, art. 11.

⁵⁴ *Ibíd.*, art. 66 y 76-8.

⁵⁵ El Universo, “Preguntas de la Consulta y del Referéndum con sus anexos”, El Universo, 16 de febrero de 2011, 1, <https://www.eluniverso.com/2011/02/16/1/1355/preguntas-consulta-referendum-sus-anexos.html/>.

⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 1.

⁵⁷ Silvia Arciniega y Virna Acosta, *Historia y Política del Estado Ecuatoriano* (Ibarra: UTN, 2022), 57, https://issuu.com/utnuniversidad/docs/ebook_historia_y_politica_del_estado_ecuatoriano.

Constitución de Ecuador es garantista, puesto que vela porque se respete su forma y fondo en los actos del poder público.

En el “Constitucionalismo garantista [...] los derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia de prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que forman, a la vez, sus respectivas garantías [...] se ha positivizado parte del ‘deber ser’ del derecho”.⁵⁸ En tanto que en el sistema judicial un juez garantista es “aquel que vela por el cabal cumplimiento del debido proceso, concepto este, [...] íntimamente relacionado con el sistema acusatorio o dispositivo”.⁵⁹ El efecto que tiene un Estado constitucional de derechos y justicia sobre el sistema penal es que el juez está obligado a aplicar el principio *iura novit curia*⁶⁰ en lo referente a las garantías del derecho a la defensa y del debido proceso principalmente. Es por esto que, ante cualquier antinomia detectada en el ordenamiento jurídico, como en el caso de preceptos legales sobre la prisión preventiva contrarias a la Constitución, el juez tiene la obligación de consultar a la Corte Constitucional sobre las mismas.

La prisión preventiva como institución jurídica tiene derechos conexos que se ven afectados por una inadecuada aplicación o abuso de la misma. El abuso de la prisión preventiva genera problemas como la violación a la presunción de inocencia, restricción ilegítima al derecho a la libertad, sobrepoblación en el sistema carcelario y desvirtúa la propia naturaleza excepcional de la medida cautelar. “Priman las estadísticas frente a los derechos, [...] con fuentes de error en la aplicación de este recurso. [...] el juez dictamina la prisión preventiva[...] sin considerar la excepcionalidad y la proporcionalidad”;⁶¹ y tampoco considerando otros criterios que deben ser evaluados antes de dictarse la medida.

⁵⁸ José Ángel Fernández Cruz, “Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales”, *Nuevo Foro Penal* 11, n.º 85 (2015): 61, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3639/2917>.

⁵⁹ Nicolas Manterola, “¿De qué hablamos cuando hablamos de garantismo? Una mirada desde el debido proceso”, *Sistema Argentino de Información Jurídica*, 29 de diciembre de 2017, <http://www.saij.gob.ar/nicolas-ignacio-manterola-que-hablamos-cuando-hablamos-garantismo-una-mirada-desde-debido-proceso-dacf180043-2017-12-29/123456789-0abc-defg3400-81fcanirtcod?&o=90&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/De-recho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJuris-dicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CCol-ecci%F3n%20tem%Elitica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina&t=1534>.

⁶⁰ El juez conoce el derecho; Rafael Nieto Navia, “La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”, *Estudios de Derecho Internacional*, s.n. (2014): 620, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33025.pdf>.

⁶¹ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, *Serie Justicia y Defensa* 8 (2018): 14, <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20e%20el%20Ecuador.pdf>.

A la prisión preventiva no se la puede entender cabalmente si se la estudia de manera aislada. Está en estrecha relación con cuatro derechos: 1. El derecho a la libertad “todas las personas nacen libres”⁶² y pueden “transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país”.⁶³ 2. Presunción de inocencia “se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.⁶⁴ 3. Acceso a la justicia, “toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses”.⁶⁵ 4. Reparación “las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, [...] se adoptarán mecanismos para una reparación integral”.⁶⁶ La prisión preventiva pondera estos derechos: restringe la libertad y anula la presunción de inocencia del supuesto infractor; para garantizar el acceso a la justicia y la reparación de la supuesta víctima.

En lo referente a la regulación directa, la Constitución de Ecuador contempla las siguientes disposiciones: 1.- Su objetivo y su procedencia con orden de juez competente:

La privación de la libertad no será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley.⁶⁷

2.- Plazo de caducidad, suspensión del plazo y sanción a funcionarios que dilaten los procesos:

La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión. Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.

El orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá ipso jure el decurso del plazo de la prisión preventiva si por cualquier medio, la persona procesada ha evadido, retardado, evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad. Si la dilación ocurriera [...] por acciones u omisiones de juezas, jueces, fiscales, defensor público, peritos o servidores de órganos auxiliares, se considerará que estos han incurrido en falta gravísima y deberán ser sancionados.⁶⁸

⁶² *Ibíd.*, art. 66, núm. 29, lit. a.

⁶³ *Ibíd.*, art. 66, núm. 14.

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 76, núm. 2.

⁶⁵ *Ibíd.*, art. 75.

⁶⁶ *Ibíd.*, art. 78.

⁶⁷ *Ibíd.*, art. 77, núm. 1.

⁶⁸ *Ibíd.*, núm. 9.

Es necesario destacar que en esta disposición la Constitución hace referencia a legislación secundaria derogada en 2014, cuando delitos sancionados con reclusión y prisión. Esta división no se usa en el COIP.⁶⁹ 3.- El principio de *ultima ratio legis*⁷⁰ de esta medida cautelar: “La jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley. Las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley”.⁷¹ 4.- Una regla especial de protección para los adultos mayores como condición de aceptabilidad adecuada a su ciclo vital.⁷² Ellos en caso de “prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario”.⁷³ 5. Existen también disposiciones sobre la inconstitucionalidad de prohibición de la sustitución de la prisión preventiva en delitos sancionados con penas mayores a cinco años, emitidas por la Corte Constitucional.⁷⁴

Un aspecto que la Constitución no contempla es la indemnización por los daños y perjuicios debidos al tiempo que sufrieron la prisión preventiva, a quienes obtuvieron ratificación de inocencia. Sin embargo el Código Orgánico de la Función Judicial si contempla la reparación estatal por el mal funcionamiento de la administración de justicia: “cuando alguien haya sufrido prisión preventiva arbitraria y haya sido luego sobreseído o absuelto mediante providencia ejecutoriada, el Estado reparará [...] en la forma que establece el Código de Procedimiento Penal, que incluirá el daño moral”.⁷⁵ El problema radica en que se hace referencia a una ley penal adjetiva derogada; aunque puede ser asimilada a los mecanismos de reparación que constan en el COIP.⁷⁶ Este elemento, discutido en la doctrina y vigente en otros ordenamientos jurídicos,⁷⁷ es problemático operativa y financieramente. A nivel constitucional, la reparación del Estado por error

⁶⁹ Solo se la referencia para el cálculo; Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 541.

⁷⁰ Manuel Espinoza, “Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo”, *Derecho y Cambio Social*, accedido el 03 de abril de 2023, párr. 1.8., <https://www.derechocambiosocial.com/RJC/Revista9/penal.htm>.

⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 11; Luis Alfonso Castillo Velasco, “Excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009), 4, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/11117/1/T0816-MDP-Castillo-Excepcionalidad%20de%20la%20prisi%C3%B3n%20preventiva.pdf>.

⁷² Organización Mundial de la Salud, “Salud y derechos humanos”, *Organización Mundial de la Salud*, 10 de diciembre de 2022, párr. 19, <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.

⁷³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 38, núm. 7.

⁷⁴ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, 1.

⁷⁵ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009, art. 32.

⁷⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 78, núm. 3.

⁷⁷ Antolino Advocats, “Cómo calcular la indemnización por estar en prisión indebidamente”, *Antolino Advocats*, accedido el 03 de abril de 2023, párr. 2, <https://www.antolinoadvocats.com/noticias/noticias-derecho-penal/como-calcular-la-indemnizacion-por-estar-en-prision-indebidamente>.

judicial solo se establece para sentencias condenatorias reformadas o revocadas.⁷⁸ A pesar de que el Estado ecuatoriano ya ha sido condenado a reparar a personas por el abuso de la prisión preventiva.⁷⁹

2.2. Regulación en el Código Orgánico Integral Penal

En el COIP la prisión preventiva tiene carácter de medida cautelar para asegurar la presencia de la persona procesada. Hay cinco medidas cautelares personales previas y cuatro medidas cautelares reales que deben considerarse de manera prioritaria.⁸⁰ La ejecución de la medida puede proceder con allanamiento.⁸¹ Pueden ejecutar esta medida agentes del Estado así como cualquier persona.⁸² Se precisa indicar también que el COIP desarrolla la normativa sobre caducidad de manera similar a la Constitución. Adicionalmente, se establece que en caso de producirse la caducidad el juzgador podrá ordenar la presentación periódica ante juzgador, la prohibición de salida del país y el dispositivo de vigilancia electrónica. Sobre la finalidad, la revocatoria, sustitución, suspensión y revisabilidad de la prisión preventiva se tratará en la sección 4 de este capítulo.

Esta medida y sus incidentes se dictarán en audiencia oral, pública y contradictoria de manera motivada por la o el juzgador.⁸³ Se deja asentado que la palabra arraigo no existe en el COIP; y mucho menos la exigencia de demostrar arraigos para evitar que se dicte esta medida cautelar o para su modificación. La necesidad de demostrar arraigos, como se verá posteriormente invierte la carga de la prueba, debido a que no es el procesado quien debe demostrar que no huirá a la acción de la justicia, sino que es el fiscal quien debe demostrar que otras medidas son insuficientes.

3. La prisión preventiva y su reconocimiento en tratados y convenios internacionales

El análisis de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador, se lo hará enfocado en su incorporación al *bloque de constitucionalidad*. En el

⁷⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, núm. 9.

⁷⁹ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, párr. 280, núm. 14.

⁸⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 522.

⁸¹ *Ibíd.*, art. 480.

⁸² *Ibíd.*, art. 428, num. 2.

⁸³ *Ibíd.*, art. 540.

país es de uso común para jueces, defensores y fiscales incluir estas normas jurídicas internacionales en la fundamentación jurídica de sus actuaciones. En este apartado se citarán solo instrumentos de *hard law*.⁸⁴

El bloque de constitucionalidad es “una figura jurídica por medio de la cual algunos instrumentos de derecho internacional público, en especial los que desarrollan y consagran derechos humanos, [...] hacen parte de la legislación interna y tienen un rango especial dentro del ordenamiento jurídico interno”.⁸⁵ La transgresión a este bloque sirve para fundamentar la inconstitucionalidad de una ley o decisión. La incorporación del bloque de constitucionalidad a las actuaciones de operadores jurídicos materializa el contenido de los tratados sobre prisión preventiva diariamente.

El bloque de constitucionalidad [...] obliga a interpretar [...] [la prisión preventiva] a partir de las garantías fundamentales previstas no sólo en la Constitución sino también en muchos tratados de derechos humanos. [...] Es [...] importante que los [...] operadores jurídicos aprendan a manejar adecuadamente las implicaciones del bloque de constitucionalidad [...] [especialmente] los jueces de garantías y los jueces de conocimiento ya que a ellos corresponde primariamente asegurar la efectividad de los derechos constitucionales.⁸⁶

Organismos internacionales de derechos humanos han normado el uso de la prisión preventiva. En el SUDH se prevé como fin de la prisión preventiva, garantizar el desarrollo eficiente de la investigación, y la comparecencia del procesado en el juicio.⁸⁷ El artículo 9 numeral 3 del PIDCP señala que la prisión preventiva “no debe ser la regla general, pero la libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”.⁸⁸

Por otro lado en el SIDH no existen tratados o convenciones específicos sobre ella. Mas, la Corte IDH, a través de su jurisprudencia vinculante, determinó su naturaleza como una medida cautelar de ultima ratio o de excepcional aplicación.⁸⁹ Es decir que esta figura jurídica, aunque admitida por el derecho internacional de los derechos humanos,

⁸⁴ Luis Sánchez, “El sistema de Hard-Law y Soft-Law”, 468.

⁸⁵ Beatriz Londoño y Diana Gómez, *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia_ Balances desde la red sociojurídica* (Bogotá: Epígrafe Ltda., 2010), 163, https://www.google.com.ec/books/edition/Diez_a%C3%B1os_de_investigaci%C3%B3n_jur%C3%ADdica_y/npDtuXHsQFcC?hl=es.

⁸⁶ Rodrigo Uprimny, “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”, *De Justicia*, accedido el 03 de abril de 2023, 1, https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf.

⁸⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, 9.

⁸⁸ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 9, núm. 3.

⁸⁹ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, párr. 106.

debe ser excepcional y no afectar otros derechos, más allá de su propósito. De manera más local, en el caso *Tibi vs. Ecuador*, la Corte IDH determinó que el Estado ecuatoriano abusó de la prisión preventiva violando derechos como la libertad, la integridad, la protección judicial, las garantías judiciales y la presunción de inocencia.⁹⁰ Cuando la aplicación de la prisión preventiva excede el propósito o las condiciones de la misma, contraviniendo los instrumentos de derechos humanos descritos, se puede solicitar su revisión, a la autoridad judicial.

4. Finalidad y revisabilidad de la prisión preventiva

En esta sección se analizará la finalidad de la prisión preventiva y la revisabilidad de la misma. Se han unido estos temas, debido a que están ligados en el ámbito operativo. Si la medida ya no es necesaria para cumplir su finalidad o no cumple con sus requisitos, entonces esta puede ser modificada.

4.1. Finalidad de la prisión preventiva

La finalidad de la prisión preventiva debe ser estrictamente procesal, puesto que las medidas cautelares “son instrumentos [...] que tienen como objetivo único servir al proceso, colaborando con la realización de la justicia”.⁹¹ Según Loza la finalidad de la prisión preventiva es “la realización exitosa del proceso penal, siendo su objeto asegurar la presencia del imputado y aplicar la sanción como resolución del conflicto penal y la determinación de si es factible la pretensión punitiva”.⁹² Esta cita parcial es la que más coincide con la letra del COIP. Hay doctrina que incluye un elemento más al referir cuando “existen riesgos para el propio imputado u otros miembros de la comunidad”.⁹³ Este elemento no consta en el ordenamiento jurídico ecuatoriano vigente y por tanto no debe ser considerado, precisamente porque propicia la subjetividad.

La prisión preventiva debe tener un objetivo pragmático más que teórico. “Una medida es adecuada para alcanzar la finalidad prevista cuando con su auxilio se aproxima

⁹⁰ *Ibíd.*, párr. 280, núm. 3-7.

⁹¹ Gonzalo Del Rio, “Las medidas cautelares personales del proceso penal peruano” (tesis doctoral, Universidad de Alicante, 2016), 14, citado en Pedro Merchán y Armando Durán, “Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamento y funciones”, *Revista Espacios* 43, n.º10 (2022): 5, DOI: 10.48082/espacios-a22v43n10p01.

⁹² *Ibíd.*

⁹³ *Ibíd.*

al resultado pretendido. Será inadecuada cuando entorpece el alcance del objetivo proyectado”.⁹⁴ Es por tanto que el cumplimiento de la finalidad de la prisión preventiva debe ser evaluada cuantitativamente, tanto a nivel académico como institucional. Según el COIP la finalidad de esta medida cautelar es “garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”.⁹⁵ Sin embargo, en la práctica, algunos y algunas fiscales poco técnicas la usan con el argumento de garantizar la seguridad de la supuesta víctima.⁹⁶ Usando la libertad de otro ser humano como si fuera una medida de protección, con una lógica defectuosa. Cuando como se ha indicado en esta sección esa finalidad no fue establecida por el legislador.

Los requisitos para que proceda la prisión preventiva son: 1. Elementos de convicción de que existe un delito de ejercicio público de la acción.⁹⁷ Es decir la materialidad de la infracción. 2. Elementos de convicción de que el procesado es autor.⁹⁸ Es decir, la responsabilidad del procesado. 3. Indicios de que el procesado eludirá la acción de la justicia o la pena. Y de que la otras medidas cautelares son insuficientes para asegurar su presencia.⁹⁹ Esta tarea está a cargo del fiscal. En la práctica, este la solicita atendiendo a criterios subjetivos, sin justificar jurídica y adecuadamente este requisito. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena superior a un año.¹⁰⁰

4.2. La revisabilidad de la prisión preventiva

La *revisabilidad* es un principio jurídico que “compromete con la postura de que la evolución de las concepciones del bien es una actividad racional. [...] implica coherencia en el sistema de creencias que sostenemos, esto exige que revisemos algunos de nuestros juicios de valor”.¹⁰¹ Desde el punto de vista lógico, este principio permite una reevaluación actualizada del valor de verdad de un enunciado. Passos Severo señala que “implica la negación de un enunciado, [...] mediante un [...] cambio justificado en el

⁹⁴ Alemania Tribunal Constitucional, “Apothekenurteil”, en Juicio s.n., 1958, 412, citado en Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 48.

⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 534.

⁹⁶ Observación realizada por el autor.

⁹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 543, núm. 1.

⁹⁸ *Ibíd.*, art. 543 núm. 2.

⁹⁹ *Ibíd.*, núm. 3.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, núm. 4.

¹⁰¹ Gustavo Pereira, *Medios, capacidades y justicia distributiva: La igualdad de recursos de Ronald Dworkin como teoría de medios y capacidades* (México D.F.: UNAM, 2004), 191, https://www.google.com.ec/books/edition/Medios_capacidades_y_justicia_distributi/0HUOZuQAISEC?hl=es

valor de verdad de un enunciado o al cambio justificado del significado de los términos que lo componen”.¹⁰² La revisabilidad de esta medida cautelar parte de la naturaleza de su imposición “porque [...] responde a una determinada situación del hecho existente al momento de adoptar la medida, que varía si las circunstancias que la motivaron sufrieran modificaciones a lo largo del proceso, lo que obliga a su alteración o revocación”.¹⁰³ Esta medida puede ser modificada si:

A. Fenece por situaciones de hecho o de derecho, como en el caso de la revocatoria. “1. Cuando se han desvanecido los [...] elementos de convicción que la motivaron. 2. Cuando la persona procesada ha sido sobreseída o ratificado su estado de inocencia. 3. Cuando se produce la caducidad. [...] 4. Por declaratoria de nulidad que afecte dicha medida”.¹⁰⁴ Si cambian las circunstancias que la motivaron, que la sostienen, o caduca por el transcurso del tiempo, la medida debe ser revisada y modificada, puesto que deja de haber coherencia en el valor de verdad del enunciado que la produjo.

B. Es sustituida por otra medida, como cuando una vez dictada se solicita revisión y se demuestran arraigos (situación criticada por esta tesis) o en los casos especiales de arresto domiciliario a personas pertenecientes a algunos grupos de atención prioritaria.

La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. [...] por el arresto domiciliario y el uso del dispositivo de vigilancia electrónica, en los siguientes casos:

1. Cuando la procesada es una mujer embarazada y se encuentre hasta en los noventa días posteriores al parto. En los casos de que la hija o hijo nazca con enfermedades que requieren cuidados especiales de la madre, podrá extenderse hasta un máximo de noventa días más.

2. Cuando la persona procesada es mayor de sesenta y cinco años de edad.

3. Cuando la persona procesada presente una enfermedad incurable en etapa terminal, una discapacidad severa o una enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara o huérfana.¹⁰⁵

Con la sustitución se considera que hay otras medidas menos gravosas, para la libertad y la presunción inocencia del acusado, que la privación de la libertad. Por tanto, se dictan otras medidas cautelares que brindan garantía sobre la comparecencia a juicio del procesado. Esta es una aplicación del principio de excepcionalidad.

¹⁰² Rogério Passos Severo, “O princípio de não-contradição é revisável?”, *Barbarói*, n.º 26 (2007): 23, <https://doi.org/10.17058/barbaroi.v0i26.33>.

¹⁰³ Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional, “Índices Jurisprudenciales 2027/2013”, *Tribunal Constitucional Plurinacional*, accedido el 03 de abril de 2023, 4, <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/Ficha/10277>.

¹⁰⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 535.

¹⁰⁵ *Ibíd.*, art. 536-7.

C. En el caso de suspensión cuando se rinde caución. Como una medida cautelar real que sustituye a la medida cautelar personal.

La caución se dispondrá para garantizar la presencia de la persona procesada y suspenderá los efectos de la prisión preventiva. La caución podrá consistir en dinero, póliza, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera. La persona procesada podrá rendir caución con su dinero o bienes o con los de un garante.¹⁰⁶

Resulta interesante aquí, el que se pueda presentar caución con los bienes de un garante. Similar a los *fiadores* de la Roma del siglo V a. de C. hasta 134 a. de C. con la vigencia de la Ley de las Doce Tablas. Se observa la raíz romana del derecho ecuatoriano actual y su poca evolución en este aspecto.

Como se observó, si varían las condiciones en que fue dictada esta medida y se vuelve innecesaria para cumplir su finalidad, entonces debe ser revisada como requisito razonable para vigencia o modificación.

5. Principios que limitan la prisión preventiva

Los principios que limitan a la prisión preventiva son de diferente naturaleza. En primer lugar el principio de derecho penal llamado legalidad, necesario cuando se trata de privación de la libertad. En segundo lugar el principio de presunción de inocencia, principio de derecho penal procesal que es afectado directamente con esta medida cautelar. En tercer lugar y de manera más específica otros principios como son: excepcionalidad, necesidad, razonabilidad y proporcionalidad.

5.1. Legalidad

El principio de legalidad como se concibe actualmente se origina en la Revolución Francesa y en la Ilustración, cuando el pueblo pasa a controlar y participar del poder exigiendo garantía por parte del Estado. Lo formuló Cesar Beccaria, en el libro *De los delitos y de las penas*, y se relaciona con la antigua fórmula latina *nullum crimen, nulla poena sine lege*.¹⁰⁷ Según Roxin: “Un Estado de Derecho no solo debe proteger mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”.¹⁰⁸ Para evitar los abusos de

¹⁰⁶ *Ibíd.*, art. 543.

¹⁰⁷ Rubén Uriza, “Principios del Derecho Penal”, *ITAM*, accedido el 03 de abril de 2023, 18, https://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf.

¹⁰⁸ Claus Roxin, *En derecho penal: Parte general* (Madrid: Ed. Civitas S.A., 1997) citado en Lenin Arroyo et al., “Una mirada al principio de legalidad: A partir de la constitucionalización del derecho penal

funcionarios públicos, gobernantes, etc. Este principio dicta que es inválido todo acto de los poderes públicos contrario a la ley, que no esté expresamente autorizado por la ley o que confiera un poder sin regularlo.¹⁰⁹ La Constitución norma la prisión preventiva a través de este principio, al establecer que “procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley”.¹¹⁰ Al respecto la ley penal en Ecuador señala que “no hay [...] proceso penal sin ley anterior al hecho”.¹¹¹ Entonces, la prisión preventiva cumple con este principio porque está establecida en una ley orgánica con rango suficiente para decidir sobre derechos, en este caso el derecho a la libertad. Esto siempre y cuando no se recurra a una interpretación extensiva y/o abusiva del derecho, como suele ocurrir en el ejercicio del poder, de la fuerza pública o de la justicia penal. Un ejemplo de abuso sería en el caso de que la prisión preventiva se use con fines intimidatorios y que no se justifique según su finalidad legal establecida en el artículo 534 del COIP. También se da en el caso de que en lugar de que Fiscalía demuestre sus requisitos de procedencia, sea el imputado quien tenga que probar sus arraigos para que esta no proceda.

5.2. Presunción de inocencia

La presunción de inocencia “significa que el acusado debe ser considerado inocente, y, en consecuencia, no se puede adoptar medidas limitativas de sus derechos sin que exista una justificación objetiva acorde con la Constitución”.¹¹² “Se configura como un principio *iuris tantum*, pues puede ser desvirtuada con una [...] actividad probatoria o de cargo. [...] Es a la acusación a quien corresponde aportar pruebas suficientes ante el tribunal y no desplazar esta al acusado”.¹¹³ Su importancia radica en que “es uno de los principios básicos del proceso penal [...] Puede verse como el eje central sobre el que

ecuatoriano”, *Ciencias sociales y políticas* 4, n.º 3 (2018): 476, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6657250>.

¹⁰⁹ Roberto Islas Montes, “Sobre el principio de legalidad”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 15, (2009): 101.

¹¹⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1.

¹¹¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5, núm. 1.

¹¹² María Mascarell “La Carga de la prueba y la presunción de Inocencia”, en Joan Picó, *La evolución del Derecho Procesal a la luz de la Justicia* (s.l.: J.M. Bosch, 2021), 456, https://www.google.com.ec/books/edition/La_evoluti%C3%B3n_del_Derecho_Procesal_a_la/okduEAAAQBAJ?hl=es.

¹¹³ Pedro Caballo, *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Madrid: Ministerio de Justicia, 2004), 37, https://www.google.com.ec/books/edition/La_presunci%C3%B3n_de_inocencia_en_la_jurispr/NuVGjWP9ndkC?hl=es.

descansa la prueba penal y está considerada como una garantía procesal [...] la finalidad última de esta garantía es minimizar el riesgo de que un inocente resulte condenado”.¹¹⁴

La Constitución de Ecuador la establece como una garantía básica del derecho al debido proceso: “Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada”.¹¹⁵ En el COIP se establece la inocencia como un principio del derecho al debido proceso penal: “Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario”.¹¹⁶ Este principio es importante para el ser humano, evita las calumnias, vejaciones, insultos y malos entendidos que implicaría que a un procesado se le trate como delincuente desde el momento en que existe una denuncia en su contra.

Javier Llobet indica que esta garantía básica puede coexistir con la prisión preventiva, puesto que los instrumentos de derechos humanos norman “la presunción de inocencia como un principio fundamental, pero prevén también la posibilidad de que el imputado sea detenido”.¹¹⁷ El Estado tiene la obligación de respetar los derechos y garantías, Tara Melish subraya que: “los Estados partes [de la Convención Americana de Derechos Humanos] se comprometen a respetar y garantizar el libre y total ejercicio de cada uno de los derechos”.¹¹⁸ A pesar de que estas instituciones jurídicas pueden coexistir, el principio de presunción de inocencia es directamente afectado por la prisión preventiva. Socialmente y psicológicamente le resulta gravoso el hecho de ser privado de su libertad por una denuncia sobre un presunto delito. Además, el encierro entorpece su defensa por no tener libertad ambulatoria y por la limitación a su capacidad de gestión.

5.3. Excepcionalidad

Según Cabanellas una excepción es “la exclusión de la regla o generalidad. Caso o cosa aparte, especial”.¹¹⁹ Lo excepcional sería lo relativo a un caso especial, que no sucede siempre. La prisión preventiva es “una excepción a la regla general que es la

¹¹⁴ Daniel Gonzáles “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”, *La Argumentación en Materia de Hecho*, accedido el 03 de abril de 2023, 1, <https://core.ac.uk/download/pdf/32323198.pdf>.

¹¹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, núm. 2.

¹¹⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5, núm. 4.

¹¹⁷ Javier Llobet Rodríguez, “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano”, 125.

¹¹⁸ Tara Melish “Estableciendo la responsabilidad del Estado”, 171.

¹¹⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 154.

libertad. [...] Tal principio viene a ser una garantía para el individuo y un postulado a aplicar en las sociedades y Estados Modernos que velen por el respeto de los Derechos Humanos”.¹²⁰ La excepcionalidad es indispensable para normar la prisión preventiva.

La Corte IDH consideró “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”¹²¹ En la Constitución de Ecuador, antes del Referéndum de 2011, establecía que “la privación de la libertad se aplicará excepcionalmente”.¹²² Pero su texto fue modificado para ajustarse más a la redacción del PIDCP. La Corte Constitucional indica que “esta excepcionalidad, radica también en el carácter procesal más no punitivo”¹²³ de esta medida cautelar. El COIP da a la Fiscalía la labor de probar que las otras medidas cautelares reales y personales serían insuficientes para asegurar la presencia del procesado. El tercer requisito de procedencia de la prisión preventiva hace referencia a esta excepcionalidad.¹²⁴ Solamente se puede usar esta medida en el último de los casos.

5.4. Necesidad y razonabilidad

La *necesidad* significa que la medida debe cumplir su finalidad de manera óptima, en este caso, sacrificando la libertad del individuo, porque no existe otra medida alternativa que permita la realización de este fin con la misma eficacia.¹²⁵ Si la prisión preventiva no parece necesaria, no la puede dictar el juez. Recordemos que sus decisiones deben ser motivadas.¹²⁶

¹²⁰ Jaime Granados, “El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia”, *CIDH*, accedido el 03 de abril de 2023, 1, <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>.

¹²¹ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, párr. 106.

¹²² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, art. 24, núm. 8; Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1.

¹²³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 4.

¹²⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 534, núm. 1.

¹²⁵ Carlos Bernal, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vincúlase para el Legislador* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), s.n., https://www.google.com.ec/books/edition/El_principio_de_proporcionalidad_y_los_d/ITSjDwAAQBAJ?hl=es.

¹²⁶ Hernán Hormazábal, “Sistema penal democrático y prisión preventiva”, en Marino Barbero, coord., *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales* (Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1997), 172, https://www.google.com.ec/books/edition/Prisi%C3%B3n_provisional_detenci%C3%B3n_preventi/QxX8LSWFcycC?hl=es.

La *razonabilidad* “en el Derecho supone analizar si las soluciones a los conflictos de relevancia jurídica son o no ‘razonables’, o sea, si las ‘razones’ que hay detrás de aquéllas son o no ajustadas a la [lógica formal objetiva], y no producto de meras apreciaciones subjetivas reactivas a sentimientos, impresiones o gustos personales”.¹²⁷ El COIP establece que “Al motivar su decisión [sobre medidas cautelares] la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida solicitada”.¹²⁸

La aplicación de la razonabilidad y la necesidad, en la imposición de la prisión preventiva a un procesado, implica prudencia. El juez debe entender que está restringiendo un derecho fundamental del ser humano y no puede tomar su decisión a la ligera. Además debe hacer un ejercicio lógico deductivo en que utilice razones como premisas y cuya conclusión sea el dictar o no la medida.

5.5. Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad es “una estructura argumentativa que [...] permite interpretar principios constitucionales y aportar soluciones jurídicas cuando diversos derechos fundamentales están en colisión. Asimismo, permite maximizar los derechos fundamentales de acuerdo con sus posibilidades fácticas y jurídicas.”¹²⁹ Es un principio para la aplicación práctica del Derecho. Alexy manifiesta sobre este principio que “está compuesto por ‘tres subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto’”¹³⁰ La idoneidad plantea la pregunta de ¿es adecuada la prisión preventiva en el presente caso? Como parte del ejercicio racional que debe hacer en juzgador en conjunto con los otros principios ya estudiados. Un aspecto en que si se cumple la proporcionalidad es en la duración de la prisión preventiva, previa a su caducidad. Puesto que, para delitos sancionados con penas de hasta cinco años, la medida caduca a los seis meses; mientras que para los delitos con penas superiores a cinco años, esta caduca al año.

¹²⁷ José Martínez y Francisco Zúñiga, “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios constitucionales* 9, n.º 1 (2011): 200, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007>.

¹²⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 520, núm. 4.

¹²⁹ Jaime Cárdenas García, “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 139 (2014): 65, <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v47n139/v47n139a3.pdf>.

¹³⁰ María Eugenia Serrano Abraham, “Prisión preventiva y el principio de proporcionalidad” (tesis de maestría, Universidad Técnica de Ambato, 2019), 66, <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/29983/1/FJCS-POSG-163.pdf>.

En este capítulo se analizó jurídicamente la prisión preventiva como una medida cautelar y su finalidad en el modelo de Estado constitucional. Se recopiló principalmente información histórica, teórica y normativa. En aplicación del método deductivo se considera que, la información histórica y teórica es la premisa mayor que refiere a las generalidades sobre la prisión preventiva. Toda la normativa vigente recopilada es la premisa menor que servirá como pivote para la comparación silogística. Como conclusión de este ejercicio lógico se obtuvo que:

La prisión preventiva tiene origen documentado en la Roma monárquica del siglo VIII a. de C. Desde entonces ha evolucionado y obteniendo sus rasgos fundamentales, adaptándose al sistema acusatorio y al inquisitorio; y pasando por los diferentes periodos históricos de la humanidad hasta llegar a la actualidad. La prisión preventiva en América Latina tiene sus raíces además del Derecho Romano, en el Derecho francés y español. En Ecuador se normó la prisión preventiva a nivel constitucional en la Constitución Política de 1998; y en 2008 se le dio carácter excepcional.

Esta medida cautelar está regulada por el PIDCP, la Constitución de Montecristi, las sentencias de la Corte Constitucional y el COIP. Que la establece como una medida para asegurar la presencia del imputado al proceso penal y el cumplimiento de la pena. La prisión preventiva restringe la libertad del procesado; y puede durar de seis meses para delitos sancionados con penas de entre un año y cinco años; mientras que puede durar hasta un año en delitos sancionados con penas superiores a los cinco años. Esta medida tiene carácter de excepcional, puesto que solamente puede ser dictada cuando otras medida cautelares personales o reales, no sean suficiente para cumplir con su finalidad. Además es susceptible de revisión cuando cambian las condiciones que propiciaron su imposición, siendo posible la revocatoria, sustitución, suspensión. Finalmente hay principios que la regulan como la legalidad, es decir que sea establecida previamente en una ley; la presunción de inocencia a la que afecta directamente; la excepcionalidad que indica que la privación de la libertad no es la regla general; la necesidad y razonabilidad que implican un ejercicio lógico objetivo para imponer esta medida; y la proporcionalidad que le da tiempos de caducidad distintos con relación al delito imputado.

Capítulo segundo: El arraigo frente al riesgo procesal

En este capítulo se realiza un análisis crítico del arraigo frente al riesgo procesal, para determinar si estos deben ser considerados por el juez como un requisito para la sustitución de la prisión preventiva. Se señala la definición de arraigo desde diferentes perspectivas a fin de limitar el alcance conceptual del capítulo e indicar sus tipos. Se estudia el principio de legalidad frente al arraigo desde la lógica jurídica. Hay reflexiones sobre la subjetividad e impredecibilidad de la evaluación del riesgo procesal en la práctica penal ecuatoriana; y de cómo se evalúa el arraigo con relación al peligro de fuga. Finalmente se verifica si el arraigo es una práctica ilegal mediante los métodos de interpretación del COIP; y si es inconstitucional en relación con el principio de igualdad y no discriminación. Se empleó el análisis crítico, es decir “la evaluación interna del desarrollo lógico de las ideas, planteamientos o propuestas [...] [una] interpretación personal [...] [que implicó] la realización de: inferencias, razonamientos, comparaciones, argumentaciones, [...] entre otros”.¹³¹ Este método se usó con la ayuda de instrumentos lógicos como el Diagrama de Venn, esquemas y el silogismo disyuntivo.

1. Definición y tipos de arraigo

El sustantivo arraigo nombra al ente que enraíza una persona a un lugar. Arraigar proviene del prefijo latino *a* que significa adyacente y *radicari* echar raíces.¹³² “Cuando una planta hecha raíces en algún lugar se dice que se arraiga; relacionado este significado con el ser humano, se dice que se establece [...] se avecina”.¹³³ Un arraigo limita la locomoción del ser humano a una circunscripción territorial específica sea esta grande o pequeña. Originalmente, desde el punto de vista jurídico el arraigo es “el acatamiento de una orden que se da al sujeto, para que no se ausente del lugar donde el proceso se encuentra o que se pretende iniciar. En otro de los tipos de arraigo [...] se restringe la libertad de movimiento”,¹³⁴ como en el caso del arraigo domiciliario.

¹³¹ Carlos Zarzar, *Crítica y propuesta*, 10.

¹³² Jorge Alberto Silva, *Derecho Procesal Penal: Un análisis comparado* (México D.F.: Oxford Press, 2016), 469
https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_Procesal_Penal_Un_an%C3%A1lisis_Comp/Ey4EEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1.

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

A esta figura jurídica se la emplea desde varias perspectivas:

Primera, como concepto jurídico propio. Es una orden dictada por un juez con propósito y efectos de medida cautelar. Esta perspectiva “es la más tradicional y se reduce a impedir que una persona se ausente del lugar del juicio, sin perder totalmente su libertad, [...] prohibiéndosele la salida del país”.¹³⁵ En el Ecuador esta perspectiva se materializa en la medida cautelar de “Prohibición de ausentarse del país.”¹³⁶ Esta medida debe ser considerada antes de la prisión preventiva como una alternativa que la ley permite. Esta perspectiva se emplea también en procesos migratorios donde se dan autorizaciones de residencia hasta que un proceso judicial se complete. Hay “autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales (entre las que se incluyen las autorizaciones de residencia por arraigo)”.¹³⁷ Permiten al procesado quedarse en país extranjero mientras dura su proceso migratorio.

Segunda, como medida cautelar con efectos similares a la prisión preventiva o el arresto domiciliario. Es una anticipación de la pena. Este es el uso que se hace del término arraigo la legislación mexicana.¹³⁸ Se toma como sinónimo de prisión preventiva “El arraigo es un acto privativo de la libertad personal, aun cuando esa restricción se lleve a cabo en lugares que no estén destinados a la prisión de las personas”.¹³⁹ El Código Federal de Procedimientos Penales establece que “El arraigo es una medida cautelar que consiste en poner a una persona en arraigo domiciliario, que debe emitirla la autoridad judicial a petición del Ministerio Público, tratándose de delitos graves”.¹⁴⁰ Esta medida en México no solo es cautelar sino también de protección. “Tienen por objeto facilitar la investigación de delitos graves, proteger a las víctimas e impedir la fuga del presunto

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 522, núm. 1.

¹³⁷ Javier Sánchez Ribas y Francisco Franco Pantoja, *Guía para orientación legal en inmigración* (Valladolid: Lex Nova, 2005), 115, https://www.google.com.ec/books/edition/Gu%C3%ADa_para_orientaci%C3%B3n_legal_en_inmigra/Po-YQGKLMcoC?hl=es.

¹³⁸ Jorge Alberto Silva, *Derecho Procesal Penal: Un análisis*, 469.

¹³⁹ México Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal: 2008* (s.l.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008), 372, https://www.google.com.ec/books/edition/Comentarios_a_la_reforma_constitucional/XaRDAQAIAAJ?hl=es.

¹⁴⁰ Alfredo Gutiérrez, “El arraigo penal: Su interpretación conforme una tercera vía a la disyuntiva enfrentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 3 (2019): 256, https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/12_GUTI%C3%89RREZ_REVISTA%20CEC_03.pdf.

autor.¹⁴¹ En esta perspectiva el término prisión preventiva es más adecuado que el de arraigo, por las características de encarcelamiento.

Tercera, como el vínculo, anterior, de una persona con un lugar, situación que es demostrada ante la autoridad judicial para sustituir la prisión preventiva. Este es el caso de la legislación ecuatoriana. Esta perspectiva se empleará en todo el presente trabajo investigativo. Desde esta perspectiva ya se ha venido analizando el arraigo en Ecuador. Ávila indica que el arraigo es una práctica procesal generalizada, discriminatoria, perversa e inconstitucional, que no está contemplada en la ley; y que sirve para evaluar el peligro de fuga. Hace que las personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, puedan ir a la cárcel sin condena.¹⁴² Lo que la vuelve discriminatoria. “A alguien se le ocurrió que si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. [...] Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva.”¹⁴³ En Ecuador es común de exigir al procesado la presentación de diferentes tipos de arraigos para justificar que no existe riesgo procesal y que el procesado tiene vínculos con el lugar que no romperá mientras dure el procedimiento. Esta práctica genera la inversión de la carga de la prueba. Libera al fiscal de su obligación de probar el riesgo procesal y la insuficiencia de las otras medidas cautelares alternativas. Obliga al procesado a probar sus arraigos mediante la presentación de documentos.

Es necesario precisar la fuente jurídica del arraigo. Siguiendo a Mouchet y Zorraquin, usando el lenguaje escolástico, se establece que existe: 1. Una causa material correspondiente a la necesidad de observar el vínculo entre una locación y un procesado, que corresponde a la fuente material. 2. Una causa formal correspondiente al medio escrito en que está plasmado el concepto jurídico de arraigo, que corresponde a la fuente formal.¹⁴⁴ El análisis de fuentes formales se lo hace desde la división tradicional tetrapartita, siguiendo a Ortega¹⁴⁵ así: ley, costumbre, jurisprudencia, doctrina.

1. Sobre la ley: En el COIP no existe la palabra *arraigo* o *arraigos*, la práctica de esta exigencia no tiene base legal. La ley especial de la materia procesal penal no los contempla, ni los nombra. La Corte Constitucional en la sentencia

¹⁴¹ Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, *Fuera de control: Tortura y malos tratos en México* (S.L: Amnistía Internacional, 2014), 37, https://www.google.com.ec/books/edition/Fuera_de_control_Tortura_y_malos_tratos/JFRqBAAAQBAJ?hl=es.

¹⁴² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 20.

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ Rubén Ortega Jaramillo, *Introducción al Derecho* (Loja: UTPL, 2010), 80.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, 81.

8/20 CN 2021 estableció que el arraigo no está contemplado en la ley.¹⁴⁶ Tampoco existe el arraigo en la Constitución. Se agrega que en países como España los arraigos tienen base legal y requisitos. Se aplican en temas como derecho migratorio. “Los requisitos que se exigen para demostrar el arraigo son: La estancia continuada en España por tiempo superior a tres años”.¹⁴⁷

2. Sobre la costumbre: La aplicación del arraigo es de carácter operativo e incluso se podría decir de fuente consuetudinaria.¹⁴⁸ Esto se desarrolla más a profundidad en la sección cuatro del capítulo tercero del presente trabajo. En Ecuador, al no haber base legal, la demostración de arraigos depende de la imaginación y creatividad del abogado para consultar o generar documentos y presentarlos ante el juez. Los profesionales en derecho *sugieren* documentos tan diversos como partidas de nacimiento de los hijos o planilla de luz.¹⁴⁹ La presentación de estos documentos no garantiza resultado favorable en audiencia. Su validez como vínculos entre la persona y el lugar queda a la sana crítica del juez.
3. Sobre la jurisprudencia: La Corte Nacional de Justicia en su Resolución No. 14-2021 señaló que “la persona procesada no está obligada a justificar el arraigo”.¹⁵⁰ A nivel jurisprudencial, el arraigo ha sido tratado mayormente en materias no penales como laboral y civil, referente a la prohibición de ausentarse del país.
4. Sobre la doctrina: Nos remitimos a lo ya establecido en el presente capítulo. Por todo lo expuesto, la fuente jurídica del arraigo en Ecuador es la costumbre.

Los arraigos pueden ser de diferentes tipos. Para su clasificación se recurrirá a la expuesta en la legislación española sobre extranjería. Allí se establecen cuatro tipos de arraigo: laboral, social, familiar y para la formación.¹⁵¹ A continuación se presenta una

¹⁴⁶ *Ibíd*

¹⁴⁷ Cristina Almeida Herrero “Extranjeros y extranjeras en las cárceles españolas”, *Corintios* 13, (2005): 246, https://www.google.com.ec/books/edition/Mediacion_Reconciliacion/TFaoTm1kNr4C?hl=es.

¹⁴⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 20.

¹⁴⁹ Austrolegal, “El Arraigo Social en materia penal (Ecuador)”, *Austrolegal*, 28 de abril de 2019, párr. 5-6, <https://austrolegal.com/articulos-juridicos/arraigo-social-en-materia-penal-ecuador/>.

¹⁵⁰ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Resolución n.º 14-2021*, Registro Oficial 604, Suplemento 3, 23 de diciembre de 2021, 11, <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>.

¹⁵¹ España, *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su*

tabla en que se especifica el tipo de arraigo, su definición y los documentos sugeridos por los abogados ecuatorianos para demostrarlos ante la autoridad judicial.

Tabla 1
Tipos de arraigo

Tipo de arraigo	Definición	Documentos probatorios sugeridos
Laboral	Demuestra la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses. ¹⁵² Es un vínculo de trabajo en la ciudad o el país donde se sigue el proceso.	- “Contrato de trabajo legalizado. - Certificado Laboral (IESS).” ¹⁵³ - Pago de patente municipal.
Social	Demuestra vínculos jurídicos previos con otras personas e instituciones locales. Además de el hecho de estar vecindado. Acredita el “tiempo de permanencia del interesado en su domicilio habitual, [...] estar empadronado, los medios económicos con los que cuente, [...] y los esfuerzos de integración [...] sociolaborales y culturales”. ¹⁵⁴ Es un vínculo con la sociedad establecida en una circunscripción territorial específica.	- “Cumplimiento de obligaciones bancarias - Escrituras de propiedades o certificados de Registro de la Propiedad. - Planilla de luz, agua o teléfono a nombre del sindicado. - Pago de impuestos”. ¹⁵⁵ - Contratos de arriendo. - Membresías de larga duración en gimnasios y clubes.
Familiar	Acreditan que él o la procesada son “padre o madre, o tutor, de un menor [...] [que] esté al corriente de las obligaciones paternofiliales [...] persona que preste apoyo a la persona con discapacidad [...] cónyuge o pareja de hecho acreditada [...] ascendientes mayores de 65 años, o menores de 65 años a cargo, descendientes [...] mayores de 21 años”. ¹⁵⁶ Implica estar enraizado en un lugar, debido a relaciones familiares de los principales grados de consanguinidad o conyugales con otras personas enraizadas en el mismo lugar.	- “Certificados de nacimiento. - Cédulas de hijos menores de edad, cónyuge. [...] Declaración juramentada notariada de un familiar que indica que el imputado va a vivir con el declarante. - Certificado de matrimonio”. ¹⁵⁷ - Certificado de estudios de los descendientes o personas que tiene a cargo. - Certificado de pago de pensiones alimenticias.
Para la Formación	Demuestra que el o la procesada están realizando “una formación reglada para el empleo o [para] obtener un certificado de profesionalidad, o [...] de aptitud técnica o	- “Facturas de pago por educación. [...] Certificado de estudios”. ¹⁵⁹

reforma por Ley Orgánica 2/2009, BOE núm. 103, 30 de abril de 2011, art. 124, núm. 1-4, <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>.

¹⁵² España, *Real Decreto 557/2011*, art. 124, núm. 1.

¹⁵³ Austrolegal, “El Arraigo Social en materia penal (Ecuador)”, párr. 5.

¹⁵⁴ España, *Real Decreto 557/2011*, art. 124, núm. 2.

¹⁵⁵ Austrolegal, “El Arraigo Social en materia penal (Ecuador)”, párr. 7.

¹⁵⁶ España, *Real Decreto 557/2011*, art. 124, núm. 3.

¹⁵⁷ Austrolegal, “El Arraigo Social en materia penal (Ecuador)”, párr. 6.

¹⁵⁹ Austrolegal, “El Arraigo Social en materia penal (Ecuador)”, párr. 6-7.

	<p>habilitación profesional [...] o [...] formación permanente de las universidades, [...] ampliación o actualización de competencias y habilidades [...] así como de otras enseñanzas”.¹⁵⁸ Se da cuando el procesado cursa estudios en una institución con el propósito de formarse o profesionalizarse.</p>	<p>- Comprobante de matrículas en instituciones locales, en periodos en curso.</p>
--	--	--

Fuente: Austrolegal y BOE

Elaboración propia

Desde el punto de vista crítico, la exigencia de arraigo laboral resulta discriminatoria, puesto que las personas de escasos recursos generalmente no tienen un trabajo, estable, formal y/o legalizado en el Ministerio de Relaciones Laborales; ni están asegurados. El arraigo social presenta la misma desventaja para personas de escasos recursos que el arraigo laboral, la dificultad de presentar documentos que acrediten domicilio, vínculos económicos o vínculos jurídicos con instituciones de derecho público o privado. El arraigo educativo es difícil para quienes no pueden acceder a la educación. La exigencia de presentación de arraigos filtra a las personas que no están enraizadas en un lugar impidiendo que fuguen; sin embargo, excluye de la sustitución de prisión preventiva a las personas de escasos recursos económicos. La exigencia ilegal de probar arraigos por parte de la autoridad judicial hacia el procesado, reemplaza la exigencia legal a la fiscalía de probar el riesgo procesal y la insuficiencia de otras medidas cautelares.

2. El principio de legalidad frente al arraigo

Recapitulando, el principio de legalidad según Roxin, señala que el Estado protege a los individuos del Derecho Penal.¹⁶⁰ Además, es inválido todo acto de los poderes públicos contrario a la ley, que no esté expresamente autorizado por la ley o que confiera un poder sin regularlo.¹⁶¹ El Derecho Penal protege unos derechos fundamentales de los participantes en el proceso penal y restringe otros. Tanto la protección como la restricción deben estar establecidas en la ley. Para ver si esto se cumple, se requiere analizar la ley, el principio de legalidad y la normativa sobre derechos.

¹⁵⁸ España, *Real Decreto 557/2011*, art. 124, núm. 4.

¹⁶⁰ Claus Roxin, *En derecho penal: Parte general* (Madrid: Ed. Civitas S.A., 1997) citado en Lenin Arroyo et al., “Una mirada al principio de legalidad: A partir de la constitucionalización del derecho penal ecuatoriano”, *Ciencias sociales y políticas* 4, n.º 3 (2018): 476, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6657250>.

¹⁶¹ Roberto Islas Montes, “Sobre el principio de legalidad”, 101.

La ley, según el Código Civil ecuatoriano “es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite. Son leyes las normas generalmente obligatorias de interés común”.¹⁶² Entonces, es la voluntad de la sociedad, dictada a través de los mecanismos legislativos constitucionales, para regular a todos. Además, “la costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella”.¹⁶³ Es decir que si la ley, no se dirige a la costumbre como fuente, esta no tiene fuerza vinculante. ¿De qué forma prescribe la Constitución que las leyes sobre derechos debe manifestarse? Mediante leyes orgánicas. “Serán leyes orgánicas: [...] Las que regulen el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales”.¹⁶⁴ La Constitución de Montecristi en su redacción da una *garantía normativa* a los derechos fundamentales, como señala Antonio Pérez Luño, “prevé un dispositivo normativo encaminado a: asegurar el cumplimiento de los derechos fundamentales, a evitar su modificación, así como a velar por la integridad de su sentido y función”.¹⁶⁵ Esta garantía normativa es conocida como *reserva de ley*, prescribe que regular sobre el ejercicio de derechos y garantías solo se podrá hacer por ley,¹⁶⁶ en el caso de Ecuador, leyes orgánicas. Con todas las limitaciones legislativas, número de votos y rigidez de forma, que conlleva proponerlas, discutir las, aprobarlas y promulgarlas. Esta limitación hace que otras autoridades aparte de quienes tienen esta competencia constitucional, no puedan dictarlas de manera autónoma. Como en el caso de los jueces.

Como una premisa adicional para el presente ejercicio lógico se indica lo establecido sobre el principio de legalidad en el COIP “El derecho al debido proceso penal [...] se regirá por los siguientes principios: 1. Legalidad: no hay [...] proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.¹⁶⁷ Cabe preguntarse ¿es el arraigo coherente con el principio de legalidad en Ecuador? Y ¿pueden los jueces aplicar derecho procesal penal que no conste en el COIP o en otra ley orgánica? Según el artículo 426 de la Carta Magna, sobre la sujeción de las personas, autoridades e instituciones a la Constitución la respuesta es no. A continuación haremos un análisis más profundo.

¹⁶² Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005, art. 1.

¹⁶³ *Ibíd.*, art. 2.

¹⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 133, núm. 2.

¹⁶⁵ Antonio Pérez Luño, *Los Derechos Fundamentales*, (Madrid: Tecnos, 1986), 66.

¹⁶⁶ *Ibíd.*, 70.

¹⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5, núm. 1.

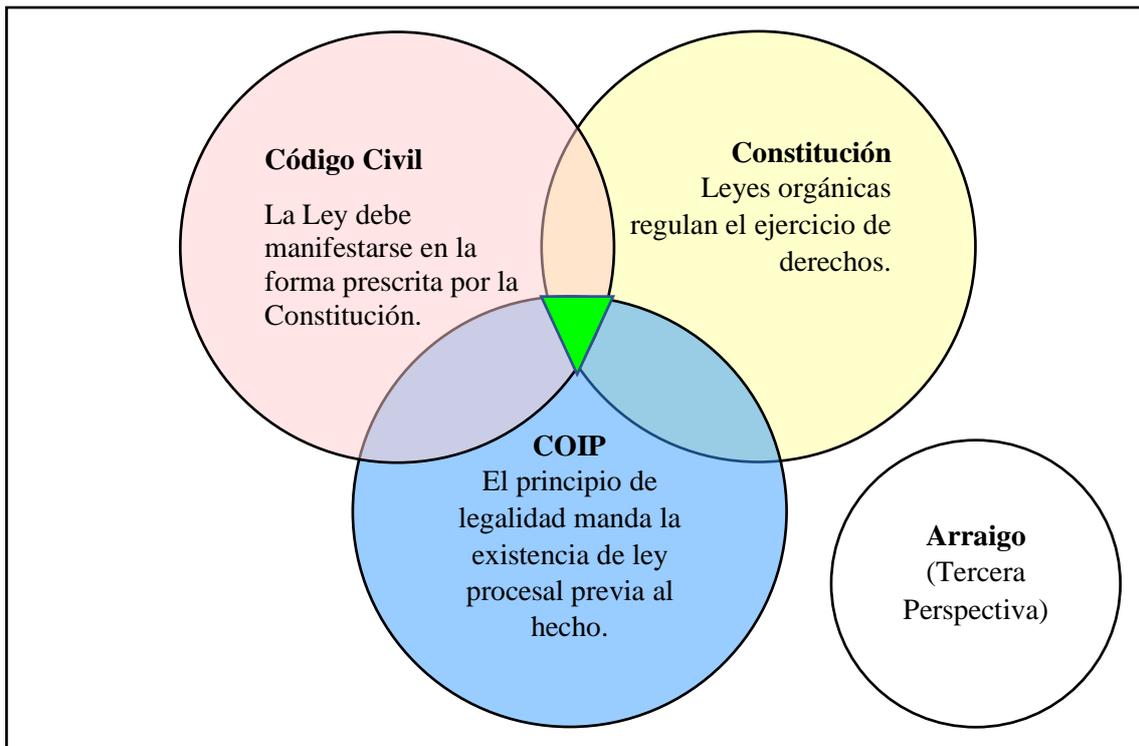


Figura 1. Diagrama de Venn sobre el principio de legalidad y el arraigo
 Fuente: Código Civil, Código Orgánico Integral Penal, Constitución
 Elaboración propia

La interpretación del diagrama muestra que, para que el arraigo cumpla con el principio de legalidad debe estar establecido en una ley orgánica de carácter penal procesal. En Ecuador esto no sucede, la palabra arraigo no existe en todo el COIP. Si este fuera el caso, el concepto debería ubicarse en el triángulo verde del diagrama, área donde intersecan los tres premisas que constan en los respectivos círculos rojo, amarillo y azul. Sin embargo, el concepto estudiado se encuentra fuera de todos los círculos y fuera de todos las áreas de intersección lógica. Por tanto, el arraigo, ni está establecido en una ley, menos en una ley orgánica como indica la Constitución; al tratarse de un tema sobre el ejercicio de derechos, como libertad, debido proceso, entre otros derechos conexos. Tampoco está establecida en una ley procesal previa que obligue al procesado a acatarla y al juez a usarla para dirigir el proceso. Se concluye que, el *arraigo*, como práctica judicial de exigir al procesado la presentación de vínculos con el lugar donde se desarrolla el proceso penal para solicitar sustitución de la prisión preventiva, no es coherente con el principio de legalidad. Esta exigencia judicial viola este principios, es consuetudinaria y sin base jurídica, la ley no se remite a ella.

Existen algunos estudios en Ecuador sobre la práctica judicial de exigir arraigos,¹⁶⁸ donde se analizan los efectos que tiene sobre el proceso y sobre la libertad de los procesados. Mas, si esta exigencia de arraigos no es coherente con el principio de legalidad y no está establecida en la ley, entonces ¿porque los jueces la practican? Existen muchas respuesta posibles: 1.- Por costumbre. 2.- Por ser un argumento de contradicción de las defensas, ante la afirmación omnipresente de fiscalía de que *no existe ningún tipo de arraigo*¹⁶⁹ y que se debe dictar prisión preventiva. Afirmación no verificada, que en la práctica invierte la carga probatoria. 3.- Por comodidad de la autoridad judicial para motivar su decisión en caso de sustituir la prisión preventiva. 4.- Por otros muchos motivos. Sería interesante una futura investigación que responda esta pregunta de manera cuantitativa. Pero desde el Derecho, más interesante sería proscribir esta práctica por su oposición al principio de legalidad.

Como se indicó, el principio de legalidad impide que la regulación del ejercicio de derechos sea dictada por autoridad sin competencia legislativa. En el caso del juez, el auto de sustitución de prisión preventiva regula el ejercicio del derecho a la libertad, está amparado por una ley orgánica,¹⁷⁰ hasta ahí todo correcto. El problema surge cuando hay una exigencia procesal hacia el imputado, una exigencia no establecida en la ley; que incluso se opone a la aplicación del principio de excepcionalidad en la prisión preventiva. Y esta exigencia procesal (demostrar arraigos laborales, sociales, familiares o para la formación) “es adoptada por la o el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria”¹⁷¹ e influye de forma determinante en la decisión sobre sustitución de prisión preventiva. La inexistencia de regulación en este aspecto, es un problema jurídico que reduce una norma procesal penal, que debería tener reserva de ley orgánica; a una exigencia probatoria sometida a la sana crítica. Es decir, se somete a “un estándar flexible referido a la sensatez del juzgador, que obliga a este a ponderar la prueba rendida con un criterio adecuado a las leyes de la razón humana [...] y al conocimiento que como hombre posee”.¹⁷² El juez evaluará los documentos presentados según su lógica, conocimiento personal empírico y subjetividad.

¹⁶⁸ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 73.

¹⁶⁹ Ecuador, Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes del Distrito Metropolitano de Quito, “Acta Resumen”, en Juicio n.º: 02386-2019, 06 de agosto de 2019, 1.

¹⁷⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

¹⁷¹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Oficio n.º: 0087-2023-P-CNJ*, 18 de enero de 2023, 2, https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/iprevia/011.pdf.

¹⁷² Marcelo Midón, *Derecho probatorio: Parte general*, (s.l.: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007), 164,

En el análisis crítico de este apartado, se observa que, la práctica de exigir arraigos para la sustitución de la prisión preventiva responde más a criterios prácticos y operativos que jurídicos. Es preocupante que en un ámbito tan delicado como el penal se empleen elementos fuera del principio de legalidad. Hay un perjuicio a la libertad personal de los procesados y a la presunción de inocencia. La prisión preventiva puede ser evitada con la presentación de arraigos laborales, sociales, familiares y para la formación, pero solamente por las personas que tienen la suerte de tener un trabajo formal, se pueden permitir un arriendo o un domicilio, tiene personas a su cargo y están en instituciones educativas. El resto de personas, aunque sean inocentes, aunque no planeen huir del proceso penal o de la pena, no se pueden defender en libertad porque no tienen estos recursos. La verificación de los arraigos que tiene una persona, si es algo que debe hacer el juez; sin embargo, debe solicitarlo hacerlo solo si fiscalía presentó indicios de riesgo procesal como lo manda la ley penal ecuatoriana. De igual manera, dentro de su sana crítica, debe evaluar la situación de quienes no puedan presentar estos arraigos por escasez de recursos económicos y permitir que los que no generen peligro de fuga se puedan defender en libertad con la imposición de otras medidas alternativas. Así, la actuación del juez se sujetaría al COIP¹⁷³ y a la Constitución;¹⁷⁴ y se cumpliría el principio de legalidad frente al arraigo.

3. La subjetividad e impredecibilidad del riesgo procesal

Riesgo procesal es el "riesgo concreto para los fines del proceso penal, que no son otros que la averiguación de la verdad y la aplicación de la pena"¹⁷⁵ (de ser el caso). Viene dada por "la probabilidad de frustrar la actuación de la ley por imposibilidad de realizar el fin inmediato del proceso penal, cual es la averiguación de la verdad".¹⁷⁶ Los requisitos

https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_probatorio/eqJe5HAVQbUC?hl=es&gbpv=1&dq=%22sana+cr%C3%ADtica+es%22&pg=PA164&printsec=frontcover

¹⁷³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 534.

¹⁷⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1.

¹⁷⁵ Alberto Fernández, Mauro Benente y Federico Thea, comp., *La justicia acusada*, (Buenos Aires: Penguin Random House, 2020), https://www.google.com.ec/books/edition/La_Justicia_acusada/wDD4DwAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22riesgo+procesal+es%22&pg=PT63&printsec=frontcover.

¹⁷⁶ Leonel Javier Ciliberto et al., *Prueba Digital: E-Mails, chats, SMS, WhatsApp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías*, (Buenos Aires: elDial.com, 2021), s.n., https://www.google.com.ec/books/edition/Prueba_Digital/JdxqEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22riesgo+procesal+es%22&pg=PT412&printsec=frontcover.

para que exista son la probabilidad de que se entorpezca la investigación o de fuga.¹⁷⁷ En Ecuador “el peligro de fuga y la fuga son las únicas formas del peligro procesal [...] Así se puede entender al riesgo procesal y al peligro de fuga como sinónimos.”¹⁷⁸ La Corte Nacional de Justicia al analizar el riesgo procesal los limita al peligro de fuga¹⁷⁹ y ha reconocido que, la carga de la prueba “en ocasiones se ha venido trasladando a la persona procesada por medio de su defensa técnica”.¹⁸⁰ La evaluación del riesgo procesal depende de variables conocidas y de otras desconocidas, puesto que se refiere a eventos futuros que pueden ser pronosticados dentro de cierto grado de probabilidad, pero nunca con total certeza.

La acreditación del peligro procesal debe pasar por evaluar las circunstancias concretas, al margen de las consideraciones subjetivas. Como siempre ante la aplicación de medidas cautelares, estamos hablando de riesgos, de acontecimientos futuros que lógicamente, no se pueden ‘comprobar.’ [...] la evaluación de un riesgo y el pronóstico que resulta en la orden de prisión preventiva tiene que ser racionalizado, es decir, transparente, comprensible y sin errores lógicos. Ilícito sería, por ejemplo, ‘deducir’ de la gravedad de la pena el riesgo procesal. No hay valor empírico que respalde la hipótesis de que a mayor pena, mayor posibilidad de fuga.¹⁸¹

La evolución del riesgo procesal no se puede basar en premisas que a su vez no tengan base. Como la gravedad de la pena por el delito imputado, o en la simple afirmación de fiscalía de que no existen arraigos. Los criterios para esta evaluación no pueden ser subjetivos. La subjetividad es “la organización de los procesos de sentido y significado que aparecen y se configuran de diferentes formas en el sujeto y en la personalidad, así como en los diferentes espacios sociales en los que el sujeto actúa”.¹⁸² Es decir que, se relaciona directamente con el sujeto que hace una evaluación, con sus creencias, pensamientos, prejuicios, vivencias, miedos etc. A palabras sencillas, por ejemplo: si el juez, tuviera un prejuicio contra la gente de la Costa, pensaría que porque el imputado es costeño hay mucho riesgo de fuga. No motivaría así el auto de prisión preventiva, obviamente, pero le daría forma para que el resultado fuera la imposición de

¹⁷⁷ José María Campagnoli, *Juicio a la Justicia* (Buenos Aires: Penguin Random House, 2020), https://www.google.com.ec/books/edition/Juicio_a_la_justicia/FNnhBQAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22riesgo+procesal%22&pg=PT84&printsec=frontcover.

¹⁷⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 534; Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 56.

¹⁷⁹ Ecuador, Corte Nacional de Justicia, *Resolución n.º 14-2021*, 7.

¹⁸⁰ *Ibíd.*

¹⁸¹ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 57.

¹⁸² Albertina Mitjans Martínez, “Subjetividad, complejidad y educación”, *Psicología para América Latina* 13, (2008): 1, http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000200007.

la medida. Y si por el contrario, el imputado fuera un funcionario, el juez asumiría que el imputado es una persona íntegra, incompatible con el riesgo procesal, y permitiría que se defienda en libertad.

Este tipo de criterios de evaluación de la justicia no pueden existir en un Estado de Derecho, por eso se requiere que el fiscal exponga indicios de que existe riesgo procesal. La evaluación del juez debe ser objetiva. “La objetividad es la más adecuada respuesta a la natural determinabilidad del conocer por la realidad. Como actitud cognoscitiva, la objetividad, corresponde a la renuncia del sujeto a la co-determinación del contenido del conocimiento. Así queda garantizado un conocimiento auténtico”.¹⁸³ El riesgo procesal puede tener indicadores fácticos que den indicio de su existencia.

Ahora bien, el punto de partida para evaluar el riesgo procesal [es], como estipula la ley, los indicios, es decir, hechos que sí se pueden demostrar. Por ejemplo: retiro de grandes cantidades de efectivo, compra de un boleto aéreo, venta del vehículo, etc. [...] un indicio es un ‘fenómeno que permite conocer [...] la existencia de otro no percibido’. En consecuencia, el indicio es un fenómeno percibido y opuesto a una conjetura. La exposición de la Fiscalía con la que fundamenta su solicitud, se basa en la exposición de estos indicios. [...] la Fiscalía debe presentar pruebas de los indicios concretos de los cuales se desprende el riesgo procesal.¹⁸⁴

Es trabajo de Fiscalía presentar las pruebas de indicios de riesgo procesal, como por ejemplo: un corte de estado de cuenta que muestre el retiro de grandes fondos, un informe de la institución de tránsito sobre el traspaso de un vehículo, traspasos de propiedades o las facturas de billetes de avión. Si Fiscalía no presenta ningún indicio de riesgo procesal, la medida no puede ser impuesta. Pero, en la práctica jurídica, la subjetividad opera incluso en la manera de llevar el proceso. La imposición de la medida, la evaluación del riesgo procesal, la sana crítica hacia las pruebas de fiscalía y los arraigos presentados por la defensa, dependen de factores que van más allá de lo jurídico. A veces incluso dependen de factores socioeconómicos, como el hecho de que el procesado tenga un defensor privado, o de si cuenta con trabajo o recursos económicos que justifiquen arraigo. La evaluación subjetiva, y la existencia de los otros factores, hacen impredecible el resultado de la decisión judicial sobre prisión preventiva o su modificación.

Es normal que el riesgo procesal sea impredecible, no se pueden adivinar hechos futuros. No obstante, es distinto el caso del resultado de una audiencia. El derecho y los

¹⁸³ Raúl Yáñez Henríquez, “La Objetividad y el Conocimiento de la Realidad”, *Universidad de la Rioja*, accedido el 09 de mayo de 2023, 252, <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3257863.pdf>.

¹⁸⁴ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 57-8.

presuntos hechos son conocidos por la partes y estas deben tener un alto grado de probabilidad de predecir la decisión judicial racional y lógica.

En la literatura sobre el tema la racionalidad de una decisión jurídica individual, por ejemplo una sentencia judicial, se encuentra asociada de manera fuerte con su carácter de conducta predecible. Sobre la base de la exigencia de predecibilidad se elaboran modelos acerca de cómo deben ser las decisiones de este tipo, modelos según los cuales una decisión impredecible es básicamente una decisión arbitraria, es decir, irracional.¹⁸⁵

Una decisión judicial impredecible podría ser una decisión arbitraria. El conocimiento general de las normas permite que las personas puedan actuar en una sociedad, sabiendo más o menos con certeza lo que la ley manda, prohíbe o permite. Lo contrario viola un derecho fundamental: el derecho a la seguridad jurídica. La Constitución indica que este derecho “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.¹⁸⁶ Además la Corte Constitucional estableció que:

La seguridad jurídica es un derecho que implica que la Constitución garantiza a todas las personas una plena certeza y conocimiento de las posibles consecuencias jurídicas, por su accionar positivo así como por cualquier omisión a un mandato expreso, todo esto, en relación a lo que establece el ordenamiento jurídico ecuatoriano.; De lo anotado se deduce, que la Constitución del Ecuador garantiza la seguridad jurídica a través de la concreción del debido proceso, ya que es obligación de los operadores judiciales efectuar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en estricto apego a la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la Ley.¹⁸⁷

La evaluación subjetiva del riesgo procesal propicia una violación al derecho a la seguridad jurídica. Hace que los procesados no tengan certeza de lo que puede suceder en la decisión que tome el juez en su caso sobre la imposición de prisión preventiva. Lo que llevado a sus consecuencias últimas le hace no tener certeza sobre su libertad. La regulación de este pseudo requisito para poder defenderse en libertad no consta en una ley orgánica siguiendo el principio de legalidad, sino que se basa en la inversión de la carga de la prueba, en la costumbre y en la sana crítica, es decir en la subjetividad. Entonces también existe una violación al derecho a la seguridad jurídica.

¹⁸⁵ Ricardo Alberto Caracciolo, “Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4, (1987): 145, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128420>.

¹⁸⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 72.

¹⁸⁷ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 1626-10-EP*, 09 de abril de 2014, 8, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2FsZnJlc2NvJywgdXVpZDonOTE4NTdmZjEtM2RmZi00NjRkLThmNmEtYzk5Zjk4YmY2OGEyLnBkZid9.

Para que la evaluación sobre el riesgo procesal este completa y sea predecible, a más de los indicios presentados por fiscalía hay otros elementos que se deben considerar. Algunos criterios que se recomienda evaluar y que sirven de fundamento para la motivación de las decisiones judiciales son: primero, se debe hacer una ponderación entre el derecho del procesado que se restringe y los objetivos del proceso penal que se intentan proteger. La Corte Nacional indica que se requiere una ponderación

que determine si la salvaguarda de la eficacia del proceso penal es proporcional frente al alto nivel de afección en las esferas de libertad del procesado. [...] conforme al caso concreto, para que una intervención penal en la libertad sea legítima, el ‘grado de realización del objetivo de la intervención de protección del bien jurídico debe ser por lo menos equivalente al nivel de afectación de la libertad’; de ahí que en casos de delitos muy leves y expectativas de penas insignificantes, la prisión preventiva podría ser ilícita, incluso si existe riesgo procesal intenso.

Esta ponderación es fundamental en todos los casos en que haya un conflicto entre derechos; que puede resultar en la restricción de los mismos para uno de los participantes del proceso penal, sin que exista una sentencia. La CADH requiere que la prisión preventiva se justifique en el caso concreto, “a través de una ponderación de los elementos que concurren a éste, y que en ningún caso la aplicación de tal medida cautelar [se determine] [...] por el tipo de delito que se impute al individuo”.¹⁸⁸ Pasado este primer nivel de ponderación, existen otros aspectos legales.

La reincidencia es un elemento que se puede agregar al análisis, pero no puede funcionar como criterio rector de naturaleza automática.¹⁸⁹ En Ecuador existen limitantes de efectos similares. La prisión preventiva no puede ser sustituida¹⁹⁰ en los casos de reincidencia. Y la caución (como mecanismo de suspensión de la prisión preventiva) es inadmisibles cuando el presunto infractor haya sido condenado previamente por un delito contra el mismo bien jurídico protegido.¹⁹¹ Los efectos de esta última norma exceden la reincidencia, ya que no se limitan a una imputación del mismo delito anterior, contra el mismo bien y con las mismos elementos de dolo o culpa; sino que los amplían a solo contra el mismo bien jurídico protegido. Sobre esto no se ha pronunciado la Corte

¹⁸⁸ Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. 01 de febrero de 2006, párr. 81, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.

¹⁸⁹ Mariano La Rosa, “Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Defensoría Pública del Ecuador*, accedido 09 de mayo de 2023, 25, <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1322/1/EST%C3%81NDARES%20PRISI%C3%93N%20PREVENTIVA.pdf>.

¹⁹⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

¹⁹¹ *Ibíd.*, art. 544, núm. 5.

Constitucional.¹⁹² Finalmente, otro criterio importante es la contradicción presentada por la defensa, los arraigos, las raíces que ha echado el individuo en el lugar donde el proceso se desarrolla, vínculos u obligaciones que hacen improbable que el procesado abandone el lugar durante la investigación. Sin entenderse que la falta de estos acredita automáticamente riesgo procesal.

Dentro del análisis crítico, se considera que en no existen aspectos positivos sobre la subjetividad e impredecibilidad de la evaluación del riesgo procesal. Esta subjetividad e impredecibilidad no caben en el Derecho, violan el debido proceso, el principio de legalidad y el derecho a la seguridad jurídica. Resultan posiblemente arbitrarias e ilógicas. Por otro lado, existen criterios doctrinales y legales que, permiten una evaluación más objetiva del riesgo procesal. Estos criterios, aquí expuestos, contribuyen a la seguridad jurídica y a la coherencia en la aplicación del Derecho. La exigencia de arraigo social no cumple el principio de legalidad, debería ser proscrita o normada. Existe la necesidad de que se agregue un artículo o un párrafo que regule los aspectos más importantes de la misma. Los abogados defensores presentan arraigos para desacreditar el riesgo de fuga de manera empírica y a ciegas, sin artículos que los respalden.

4. El arraigo como criterio de análisis en el peligro de fuga

Sobre la definición y tipos de arraigo esta investigación se remite al numeral 1 de este capítulo. Aquí es necesario analizar el peligro de fuga, como único elemento de riesgo procesal contemplado por la legislación ecuatoriana. Según Jorge Pérez “el peligro de fuga está relacionado con la posibilidad de que el procesado se sustraiga de la acción de justicia y no se puedan cumplir los fines del proceso por diversas razones[:] miedo a que le impongan una pena, no querer pagar la reparación civil, gastos del tiempo”,¹⁹³ etc. Existen muchas motivaciones posibles para no presentarse a un proceso. Neyra indica sobre el peligro de fuga que “es una mera especulación de que el imputado se sustraiga de la acción de la justicia y por su [presunto] mal actuar de que cometió el hecho delictivo y al no someterse al proceso penal no se cumple con los fines del proceso”.¹⁹⁴ En realidad no se evalúan hechos, sino la potencial intención de fugarse del procesado. En las citas

¹⁹² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 26.

¹⁹³ Jorge Pérez López, “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, *Derecho y Cambio Social* 11, n.º 36 (2014): 8, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472565>.

¹⁹⁴ Antonio Neyra, *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral* (Lima: Idemsa, 2010), 516.

de doctrina sobre el peligro de fuga, como la anterior, se omite a menudo la presunción de inocencia. Lo que el sistema jurídico-penal quiere asegurar es que el proceso se pueda desarrollar con normalidad, puesto que la regla general es que se requiere la presencia de la persona procesada para la contradicción y validez solemne del proceso. Y para la ejecución de la posible pena.

El COIP señala como principio la “presencia obligatoria de la persona procesada y de la o el defensor público o privado, con las salvedades del juzgamiento en ausencia previstas en la Constitución”.¹⁹⁵ Mismas que se refieren a los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito.¹⁹⁶ La necesidad de la presencia del procesado se relaciona con la legitimidad del proceso y con que el imputado pueda defenderse y contradecir las acusaciones, argumentos y prueba de la contraparte.

La principal condicionante de la viabilidad de un proceso la conforma normalmente la garantía de comparecencia del imputado, pues su fuga o falta de comparecencia impediría la realización del juicio y, aunque el sujeto sea luego capturado y el juicio se lleve a efecto más tarde, esto produciría la elevación de los costos del sistema.

Sobre el otro aspecto que se desea proteger, la ejecución de la pena: basta decir una sanción privativa de la libertad, no se pueden llevar a cabo sin la presencia física del procesado. En el caso de sanciones económicas, estas pueden ser ejercidas directamente sobre los bienes del imputado.

En la valoración del peligro de fuga, el arraigo es un elemento esencial. En palabras sencillas, analizar los arraigos que ligan a un procesado a un lugar implica verificar todo lo que el procesado tendría que abandonar en determinada sociedad, para huir de la justicia. Desde un punto de vista lógico la evaluación de los arraigos se circunscribe a una deducción expresada en un silogismo disyuntivo excluyente. Un silogismo disyuntivo se da cuando “tenemos dos alternativas para explicar un caso o respecto a una situación; si logramos eliminar -o hacer falsa- una, se afirma la otra”.¹⁹⁷ La labor de fiscalía es desvirtuar las presunciones legales que cobijan al imputado; mientras que la misión de la defensa es desvirtuar los indicios de peligro de fuga.

¹⁹⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 610.

¹⁹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 233.

¹⁹⁷ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho* (Bogotá: Temis, 2011), 122.

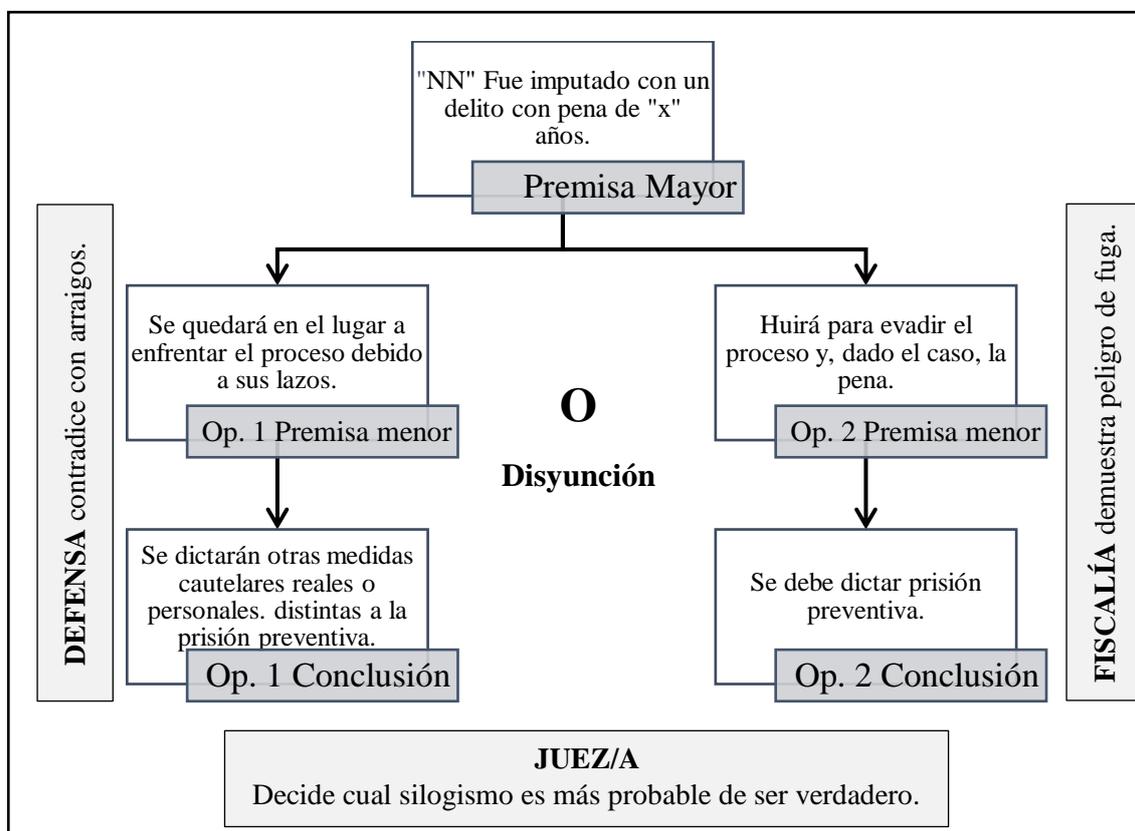
Tabla 2
Silogismo disyuntivo excluyente

Premisa Mayor (situación)	Antecedente de $p \vee q$	
Premisa menor (\sim descartada) (\therefore necesaria)	Solo puede ser $p \vee q$	
	$\sim p$	$\therefore q$
Conclusión	Consecuente de q	

Fuente y elaboración propias

A continuación, se presenta un esquema que aplica estos elementos lógicos a los conceptos jurídicos presentados en esta investigación.

Figura 2
Esquema de silogismo deductivo de disyunción excluyente sobre peligro de fuga



Fuente y elaboración propias

Al analizar el arraigo como criterio del peligro de fuga se obtendría lo siguiente: Primero, existen principios favorables al procesado como la presunción de inocencia, la duda a favor del reo,¹⁹⁸ la excepcionalidad de la prisión preventiva, entre otros. Estos

¹⁹⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5, núm. 3.

principios hacen que la opción 1 (Op.1),¹⁹⁹ es decir la defensa en libertad, sea la solución primaria y probable de la disyunción. Segundo, si Fiscalía considera que existe riesgo procesal (peligro de fuga), debe en un primer momento señalar los elementos de convicción de la materialidad de la infracción y de responsabilidad del procesado. Además deberá demostrar con argumentos lógicos, e indicios, la alta probabilidad de peligro de fuga y porqué serían insuficientes las otras medidas cautelares reales y personales. Es decir dentro de la disyunción debe demostrar que la opción 1 (Op.1) es falsa. Debido a que la opción señalada es la posición inicial en que el Derecho pone al procesado. Propondrá como verdadera la Opción 2 (Op.2)²⁰⁰ y desvirtuará un poco los principios que cobijan al imputado para que se defienda en libertad; logrando que se dicte prisión preventiva y aplacando el peligro de fuga que cree posible. Entre las opciones que Fiscalía tiene para presentar indicios de peligro de fuga, aparte de las señalada en apartados anteriores, están:

Su situación económica, [...] quien goza de una pudiente solvencia económica, está en mejores posibilidades de abandonar el país [...] también puede valorarse [...] lazos familiares que el imputado mantiene en el exterior, de forma concluyente cuando éste cuenta con una doble nacionalidad o más de dos, situación legal que le permitiría abandonar el país con mayor facilidad y refugiarse en su doble nacionalidad para evitar ser extraditado. Las mismas facilidades [...] pueden ser utilizadas para permanecer oculto, por ejemplo, contar con varios domicilios, sean estos residenciales o laborales. [...] la falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro [...] necesario tener más elementos que demuestren el peligro de fuga.²⁰¹

Tercero, la defensa debe contradecir a Fiscalía. Si simplemente se limitó a decir que no tiene arraigo,²⁰² señalará la ineficacia técnica de la afirmación de Fiscalía al no presentar ninguna clase de pruebas e indicios de que sea así, ni de que exista riesgo procesal. Si por el contrario Fiscalía mostró indicios que hacían altamente probable la fuga y falsa la opción 1, entonces la defensa deberá desvirtuar la opción 2 (Op.2) y hará verdadera nuevamente la opción 1. Es allí donde deberá presentar los diferentes tipos de arraigos que justifiquen el fuerte vínculo entre el procesado y el lugar del proceso. Mostrando que es improbable la fuga y el riesgo procesal.

Normalmente los abogados tratan de descartar el peligro procesal acreditando el arraigo mediante la presentación de certificados o constancias domiciliarias, certificados de trabajo, partidas de nacimiento de hijos y otros, con la finalidad de demostrar al juez que

¹⁹⁹ Ver figura 2.

²⁰⁰ *Ibíd.*

²⁰¹ Jorge Pérez López, “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, 13.

²⁰² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto Concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, párr. 20.

el imputado tiene motivos suficientes para no huir, pues esto importaría salir del entorno familiar y social en el que se desenvuelve, lo que le resultaría incluso perjudicial.

Respecto a este criterio, se tienen que tomar en cuenta los vínculos que el imputado tiene en el territorio nacional, sean éstos de carácter familiar, amical y de negocios, así como el grado de influencia que éste puede ejercer en determinados ámbitos sociopolíticos.²⁰³

En el caso de los arraigos laborales, significa que tendría que abandonar su puesto de trabajo con la remuneración que conlleva, su cartera de clientes, sus vínculos comerciales o su prestigio profesional. En el caso de arraigos sociales, se comparan los beneficios y lazos que el imputado ha construido con las personas e instituciones del lugar, y su posición dentro de determinada sociedad. En el caso de arraigos familiares el juez verifica la existencia de seres queridos de grado cercano con lazos paterno-filiales o maritales; o de familiares con que dependan del procesado o tengan discapacidad. En el caso de arraigos para la formación el juez observará los programas de educación que el procesado cursa, los avances educativos, la inversión económica en sus estudios y el prestigio académico. Incluyo específicamente el prestigio como parte del criterio de arraigos, porque la imagen construida por una persona a lo largo del tiempo debe ser valorada desde dos perspectivas: la primera, que es poco probable que sea abandonada; y segundo, que sobre la imagen impactaría una violación a la presunción de inocencia en caso de declararse prisión preventiva, además de una violación a un derecho conexo de honor y buen nombre. Finalmente considero que ninguno de estos aspectos deber ser determinantes ni vistos de manera aislada, sino más bien apreciados en su conjunto, como la construcción y vida de un ser humano dentro del lugar donde este se ha establecido.

Cuarto, corresponde al juez decidir en el silogismo deductivo de disyunción excluyente. Primero comprobará si se reúnen los requisitos de existir elementos de convicción de materialidad y de responsabilidad. Después valorará la demostración de peligro procesal aportada por la Fiscalía y la demostración de arraigos presentada por la Defensa en su ejercicio de contradicción. El juez o la jueza siempre deberá seguir este flujo de análisis. Puesto que no puede invertir la carga de la prueba y exigir de primer momento a la defensa la demostración de arraigos para no dictar prisión preventiva cual si la prisión fuera la regla. Como se señaló en esta sección el análisis tanto de los indicios de peligro de fuga como de los arraigos debe ser en su conjunto, valorando todos los elementos aportados y los principios que protegen al imputado. Puesto que el juez es

²⁰³ Jorge Pérez López, “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”, 12-3.

consciente que una denuncia, acusación o vinculación al proceso puede ser verdadera o falsa; y él tiene el deber de garantizar los derechos de las partes.

El peligro procesal debe ser evaluado en conexión con distintos elementos que antes y durante el desarrollo del proceso puedan presentarse y, en forma significativa, con los valores morales del procesado, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que, razonablemente, le impidan ocultarse o salir del país o sustraerse a una posible sentencia prolongada. [...] Las posibilidades de que alguien fugue son menores si es que muestra mayor arraigo social y económico en el lugar donde el proceso se desarrolla. Esto es, si cuenta con vínculos familiares, laborales, comunitarios, si tiene propiedades o cualquier tipo de expectativas positivas, los costos de fugarse son mayores al constituir, todos estos elementos, aspectos centrales de la vida de cualquier persona.²⁰⁴

Se agrega que, en el presente análisis no se ha señalado la gravedad del delito imputado. Esto debido a la sentencia 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador donde se estableció que no debe ser tomada en cuenta como criterio determinante la gravedad de la posible sanción.²⁰⁵ La Corte IDH ya determinó la responsabilidad internacional de Ecuador por haber puesto una excepción sobre el tipo de delito para negar la libertad al procesado después de haberse dictado prisión preventiva.²⁰⁶ Entonces no debe ser valorada de manera determinante. Por el contrario, un aspecto que sí debe considerar el juez es que, el vínculo con el lugar sea anterior en algunos arraigos. No tendría eficacia por ejemplo: la matriculación en una institución educativa con fecha posterior a la prisión preventiva para pedir su sustitución. Tampoco tendría eficacia como arraigo la adquisición de un inmueble de poco valor en el país del proceso, con fecha posterior a este, por parte de un extranjero acaudalado que pueda abandonar el país sin que le resulte gravoso deshacerse del bien.

Se considera que el arraigo debe ser analizado como criterio subsidiario del peligro de fuga., primero se deben valorar todos los indicios aportados por Fiscalía. Las operaciones lógicas que debe seguir el juez para tomar su decisión y fundamentarla deben responder al flujo aquí expuesto: 1.- Principios favorables con los que el Derecho sitúa al procesado para que se defienda en libertad. 2.- Indicios de riesgo procesal aportados por Fiscalía. 3.- Contradicción de la defensa, donde se analizarán los arraigos. 4.- La decisión como conclusión sobre el silogismo deductivo de disyunción exclusiva. Hacerlo en otro orden sería ilegal e inconstitucional.

²⁰⁴ *Ibíd.*, 13.

²⁰⁵ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º: 8-20-CN*, párr. 54.

²⁰⁶ *Ibíd.*, párr. 54.

5. El requisito de arraigo como práctica ilegal e inconstitucional

Según Cabanellas requisito es una “circunstancia o condición necesaria para la existencia o ejercicio de un derecho, la validez o eficacia de un acto jurídico o la exigencia de una obligación”.²⁰⁷ Al decir necesaria, el respetado autor jurídico se refiere a lo que en lenguaje lógico jurídico se conoce como los *modos de las proposiciones*. Lo necesario tiene universalidad afirmativa.²⁰⁸ Entonces, es y sucede siempre. Los jueces ven a los arraigos como requisito para que un imputado (con presunción de inocencia intacta) conserve su libertad, caso contrario se deberá defender desde prisión. La demostración de arraigo es requerida por los jueces de garantías penales para no dictar prisión preventiva o para sustituirla.²⁰⁹ En estas audiencias es un factor casi omnipresente la justificación de *arraigo social*, como requisito, so pena de que se dicte la medida cautelar de privación de libertad.

Los jueces tienden a asignar a la defensa la obligación de presentar pruebas del denominado ‘arraigo social’. Según [...] la Defensoría Pública, en casi todos los casos de prisión preventiva, los juzgadores justifican su resolución con la falta del arraigo social del imputado. La frase estereotipada es: ‘La defensa no ha justificado el arraigo social’. Es decir, si la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva. Esta práctica es evidentemente ilegal y podría fundar la responsabilidad penal de los jueces de garantías penales según el artículo 160 del COIP.²¹⁰

Según la Defensoría Pública esta exigencia es generalizada por parte de jueces. Ponen la carga probatoria sobre los hombros de la defensa, cuando no es así como manda el COIP. QUITAN la responsabilidad de prueba del riesgo procesal a la Fiscalía. Incluso pueden acarrear motivación ilegal en sus decisiones. En casos extremos, como se señala, el juzgador o la juzgadora incurrirían en delito de privación ilegal de libertad.²¹¹ La frase *la defensa no ha justificado arraigo social* como motivación de la medida no cumple con los requisitos legales y constitucionales para una resolución sobre derechos fundamentales. Las decisiones judiciales deben respetar la jerarquía normativa, no pueden desconocer el principio de legalidad, presunción de inocencia, debido proceso, excepcionalidad de la prisión preventiva, seguridad jurídica, entre otros.

²⁰⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 331.

²⁰⁸ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho*, 84.

²⁰⁹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 534, 536.

²¹⁰ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 75.

²¹¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 160.

Es importante realizar un análisis del *onus probandi* o carga de la prueba. “El Onus Probandi es la base de presunción de inocencia en todo Estado que se respete los derechos humanos; quien acusa tiene la obligación de demostrar, por ende, el acusado no está obligado a demostrar su inocencia, por la natural y lógica presunción”.²¹² Es decir que la persona que hace una afirmación debe demostrarla. Esto materializa uno de los axiomas del garantismo penal como pilar del debido proceso: es nula la acusación sin pruebas, “nulla accusatio sine probatione”.²¹³ En el principio fundamental de presunción de inocencia es el que Fiscalía buscará desvirtuar más allá de toda duda razonable. Junto a este principio, el legislador, al establecer la obligación de demostrar el riesgo procesal, pone de presunción la inexistencia del mismo y obliga a fiscalía a demostrarlo. Es una presunción *juris tantum*²¹⁴ o presunción simple que puede ser desvirtuada. Abal Oliú señala que “la primera regla que generalmente reconocen los ordenamientos procesales [...] es [...] ante la falta de prueba contraria, tener al hecho por [...] inexistente”.²¹⁵ Si quien debe presentar la prueba no lo hace, es una obligación del juez desechar la afirmación.

El artículo 536 del COIP señala que el Fiscal puede solicitar la prisión preventiva para lo cual demostrará, mediante indicios la insuficiencia de medidas cautelares no privativas de la libertad. Si el Fiscal afirma que existe peligro de fuga debe probarlo. Si no lo demuestra, bastaría que el presunto inocente mantenga su silencio, para que el juzgador considere insuficiente la petición de Fiscalía y no conceda la prisión preventiva. Benfeld expone que “el carácter imperativo de las reglas sobre *onus probandi* y su justificación política y epistemológica como [...] la sujeción del juez a la ley, [...] garantiza la seguridad jurídica”.²¹⁶ Es decir que en la aplicación del *onus probandi* con relación al arraigo el juez está obligado a respetar la regla de la carga de la prueba que establece esta obligación hacia fiscalía; lo contrario viola el artículo 1 de la Constitución, el derecho a la seguridad jurídica y otros derechos.

²¹² Merck Benavides Benalcázar, “El Derecho a la Defensa en el Proceso Penal, *La Hora Revista Judicial*, 22 de octubre de 2013, 2, https://issuu.com/la_hora/docs/revista_judicial_22_de_octubre_2013/2.

²¹³ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho* (Bogotá: Temis, 2011), 128.

²¹⁴ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 304.

²¹⁵ Alejandro Abal Oliú, “Cuándo debe tenerse por existente un hecho que integra el objeto de la prueba. Valoración de la prueba, presunciones simples y reglas sobre carga de la prueba”, 20 y 27, citado en Gabriel Valentin, “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”, *Revista de Derecho* 9, n.º 10 (2014): 256, <https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/743/733>.

²¹⁶ Johan Benfeld Escobar, “A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de *onus probandi*”, *Estudios de Derecho* 77, n.º 170 (2020): 67, doi:10.17533/udea.esde.v77n170a02.

Requerir arraigos sin que haya previa demostración de riesgo de fuga por parte de fiscalía es una *práctica ilegal*. No hace falta más que tomar las reglas de interpretación de la ley penal²¹⁷ y aplicarlas al artículo del COIP que norma los requisitos de la prisión preventiva. Allí se enumeran claramente los requisitos para que esta medida cautelar proceda: 1.- Elementos de convicción de materialidad. 2.- Elementos de convicción de responsabilidad del procesado. 3. Indicios de la insuficiencia de otras medidas cautelares, distintas a la prisión preventiva, para mitigar el riesgo procesal. 4. Pena superior a un año.²¹⁸ En lo relativo al peligro de fuga hay un inciso muy importante que indica que “la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.”²¹⁹ Se puntualiza que, este artículo en ningún lugar indica que corresponde a la defensa demostrar el arraigo social. Por tanto, la mencionada práctica es *contra legem*,²²⁰ contraria a la ley penal vigente.

La interpretación judicial de la ley no puede remitirse a la costumbre en materia procesal penal, ni a prácticas judiciales extranjeras, como la verificación de arraigo social que procede de la práctica jurídica europea.²²¹ El Código Orgánico Integral Penal indica que la interpretación debe ajustarse al máximo a la Constitución y a los instrumentos internacionales de derechos humanos.²²² Verifiquemos esto:

La prisión preventiva afecta al derecho a la libertad. La Constitución, en los principios que regulan el ejercicio de los derechos, señala que: “Los derechos y garantías [...] serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor [...] judicial, de oficio o a petición de parte. Para el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales no se exigirán condiciones o requisitos que no estén establecidos en la Constitución o la ley”.²²³ El requisito de arraigo no está establecido en la Constitución ni en la Ley. Si se revisan los instrumentos de derechos humanos, se encuentra jurisprudencia vinculante de la Corte IDH que señala que corresponde “al tribunal y no

²¹⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 13, núm. 1, 3.

²¹⁸ *Ibíd.*, art. 534.

²¹⁹ *Ibíd.*

²²⁰ Edison Guzmán y Juan Cardona, “La importancia de la costumbre en el Derecho colombiano contemporáneo”, *Universidad CES*, accedido el 09 de mayo de 2023, 13, <https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2837/Constumbre%20Mercantil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

²²¹ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 23.

²²² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

²²³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, núm. 3.

al acusado o a su defensa acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva”.²²⁴ Entonces esta exigencia es contraria a los instrumentos internacionales de derechos humanos. La regla 2 de interpretación del COIP habla de respetar estrictamente el sentido literal de la norma en penas y tipos penales;²²⁵ por lo que no la consideraré en este apartado. La regla 3 prohíbe la analogía para ampliar los límites de una medida cautelar o para restringir derechos.²²⁶ Se puede decir que la exigencia de arraigos es una interpretación extensiva del numeral 3 del artículo 534 del COIP. Peor así, este tipo de interpretación está prohibida. Requerir arraigos a la defensa de un procesado para evitar la prisión preventiva tampoco cumple esta regla.

El juez encuentra un problema de interpretación. Cuando se enfrenta al análisis de los arraigos tiene dos alternativas: 1. Seguir el sentido literal de la norma, respetar las reglas imperativas del *onus probandi*; y considerar solo los indicios de riesgo procesal aportados por fiscalía y la contradicción de la defensa. 2. Ignorar la regla de carga probatoria y endilgar a la defensa la obligación de probar arraigo. En el caso de que tome la segunda alternativa, se está extendiendo la aplicación de la norma sobre prisión preventiva, no solo a los casos en que el Fiscal demuestre indicios de riesgo procesal, sino también a los casos en que no lo demuestre. “Siguiendo los dictados de la analogía, la doctrina mayoritariamente sostiene que queda prohibida la interpretación extensiva en perjuicio del reo”.²²⁷ Así lo recoge la ley penal “3. Queda prohibida la utilización de la analogía para [...] ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una [...] medida cautelar o para establecer excepciones o restricciones de derechos”.²²⁸ Si el juez toma una decisión extendiendo el sentido de las normas en contra del presunto inocente, está actuando con parcialidad e irrespetando la igualdad de las partes. Si el Fiscal no se ha preocupado de acreditar el riesgo procesal como manda la ley, el juez no lo puede suponer. En este caso, exigir arraigos a la defensa para no dictar

²²⁴ Corte IDH, “Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Francisco Usón Ramírez contra la República Bolivariana de Venezuela”, en caso 12.554, 25 de julio de 2008, párr. 172. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/uson_ramirez/demanda.pdf.

²²⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 13, núm. 2.

²²⁶ *Ibíd.* art. 13, núm. 3.

²²⁷ Vicente Martínez, “El principio de legalidad penal”, s.n., citado en Eduardo Ribas, “Interpretación Extensiva y Analogía en el Derecho Penal”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, n.º 12 (2014): 136, http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5010/Interpretacion_extensiva_analogia.pdf.

²²⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 13.

prisión preventiva es una práctica contraria a la ley y prohibida la misma,²²⁹ por lo tanto es ilegal.

Ahora se analiza si es una *práctica inconstitucional*. Lo Inconstitucional es “un acto irregular inhabilitado para crear vínculos jurídicos, pero como es erróneamente confundido con un acto legítimo, en numerosos casos produce obligaciones”.²³⁰ Por tanto antes de ser declarado como inconstitucional o reclamado así por los ciudadanos, opera como válido. “Afirmar que una norma es inconstitucional significa decir que ella es contraria a la constitución [...] afirmar que ella ha sido declarada inconstitucional, en cambio, significa decir que cierto órgano autorizado para ello ha resuelto que es contraria a la constitución”.²³¹ Como ya se vio en el párrafo anterior la práctica es contraria a la constitución. Es un requisito adicional para ejercer el derecho a la libertad, que no está contemplado en la ley. Es contraria también al principio de legalidad, a la excepcionalidad, a la presunción de inocencia y a las garantías del debido proceso. La impredecibilidad es contraria al derecho a la seguridad jurídica; y la inversión de la carga probatoria es puntualmente contraria a instrumentos de derechos humanos. Para saber si una norma, o en este caso una práctica, es inconstitucional se debe interpretar la Carta Magna. Las normas constitucionales, se interpretarán, a rasgos sencillos, “por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos”.²³² La práctica se debe comparar con la Constitución en su integralidad de manera literal y especialmente con el contenido de los derechos.

En el caso presente, existe un voto concurrente en la Sentencia No. 8-20-CN/21 de la Corte Constitucional del Ecuador, en la que un exjuez señala que el exigir arraigo como requisito para no dictar prisión preventiva es una práctica procesal generalizada, perversa, inconstitucional y discriminatoria.²³³ Se analizará este último punto. El principio de igualdad y no discriminación está garantizado en la Constitución “Nadie podrá ser discriminado por [...] condición socio-económica [...] ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto [...] anular

²²⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 188.

²³⁰ Oscar Dávila, ed. “Derecho: Las leyes inconstitucionales”, 221.

²³¹ Claudina Orunesu y Jorge Rodríguez, “Inconstitucionalidad, derogación y escepticismo interpretativo”, *Análisis y Derecho*, (2017): 247, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7759415>.

²³² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 427.

²³³ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr.

el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos”.²³⁴ Este principio y derecho está consagrado también en instrumentos internacionales de derechos humanos²³⁵ de *hard law*²³⁶ y de *soft law*.²³⁷ La protección en estos instrumentos es más o menos similar a la establecida en la Constitución. La discriminación señalada por el exjuez de la Corte Constitucional es sobre la condición económica de quienes no pueden demostrar arraigo social.

Una persona de escasos recursos económicos tiene más probabilidad de no tener un empleo formal, ni un domicilio. Entonces, al ser imputado con un delito, sea inocente o culpable, perderá su libertad por el hecho de no tener trabajo. A más de tener desempleo, falta de hogar, lo que de por sí le complica la vida, puede perder su libertad en cualquier momento y sus hijos se quedarán sin sustento. Al juez no le interesará su situación. La imposibilidad de presentar arraigos le hace un potencial prófugo. Por otro lado, quien tiene dinero, su domicilio y su trabajo, sea inocente o culpable, se defenderá en libertad. Al evaluar el riesgo procesal desde este punto de vista del arraigo social, se observa que, no se evalúa realmente el enraizamiento o el peligro de fuga, y mucho menos los indicios de peligro procesal aportados por la fiscalía. Lo que realmente se evalúa es la condición económica. La gente de escasos recursos sería así más propensa a ser privada de la libertad. Es una discriminación económica en el ejercicio del derecho a la libertad. Entonces, la medida es discriminatoria e inconstitucional, porque es contraria a la Constitución, a los tratados internacionales de derechos humanos y al principio de igualdad y no discriminación. Esta discriminación produce indefensión en el procesado; porque la defensa desde prisión es operativamente más complicada y le crea desventaja.

6. Análisis del arraigo dentro del recurso de apelación de prisión preventiva

En Ecuador, la decisión de un juez de dictar prisión preventiva, de no dictarla o de su modificación puede ser objeto de recurso de apelación ante la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia.

²³⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, núm. 2.

²³⁵ ONU Asamblea General, Declaración Universal de los Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948, art. 10, 217 A (III); OEA, *Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*, 22 de noviembre de 1969, art. 24 y 8 núm. 2, (B-32).

²³⁶ Luis Sánchez, “El sistema de Hard-Law y Soft-Law”, 468-9.

²³⁷ ONU Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, *Observación General 18: No discriminación*, 10 de noviembre de 1989, párr. 1, <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>.

Un recurso, en general, es un acto procesal “en cuya virtud la parte que se considera agraviada por una resolución judicial solicita, en el mismo proceso y dentro de determinados plazos computados a partir de la notificación de aquella, que el mismo órgano que la dictó, u otro superior en grado, la reforme, modifique, amplíe o anule”.²³⁸ La naturaleza del error revisado puede “comprender desde una mera omisión o ambigüedad en el pronunciamiento hasta el más grave equívoco en la conceptualización fáctica o jurídica del caso”.²³⁹ Los funcionarios y tribunales al dictar resoluciones pueden equivocarse, es necesario corregir esos errores para evitar injusticias, mediante recursos o medios de impugnación,²⁴⁰ que funcionan como una comprobación de lo actuado y resuelto dentro de un proceso.

Los recursos pueden ser ordinarios cuando proceden contra una providencia que no está ejecutoriada como en el caso de la apelación; y extraordinarios, que existen en materia penal, aún contra una sentencia ejecutoriada como el recurso de revisión.²⁴¹ Según Villagomez “para evitar el error judicial, se ha previsto la posibilidad de impugnar mediante apelación, y otros medios, [...] con lo que se propende a una cabal aplicación del debido proceso [...] bajo parámetros de celeridad, eficacia y acierto judicial”.²⁴² Es decir que, al ser revisado un aspecto de la decisión, con que está en desacuerdo el recurrente, existe más probabilidad de que la decisión tomada sea acertada o de que se la revoque si es incorrecta, dando como resultado el acierto judicial.

El recurso de apelación es “un acto de impugnación ordinario, suspensivo, devolutivo y extensivo que contiene una manifestación de voluntad del recurrente, por lo cual se opone a la ejecución de una providencia judicial que le causa agravio, con el fin de que el tribunal inmediato superior [...] [la] revoque o reforme”.²⁴³ Aunque en el caso de la prisión preventiva, al ser una medida cautelar, el recurso de apelación no tiene efecto suspensivo.²⁴⁴ La apelación es procedente contra “la resolución que conceda o niegue la prisión preventiva siempre que esta decisión haya sido dictada en la formulación de

²³⁸ Lino Palacio, *Los Recursos en el Proceso Penal* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998), 11.

²³⁹ *Ibíd.*, 12.

²⁴⁰ Ángel Torres y José Macas, *Derecho Procesal Penal II: Guía Didáctica* (Loja: UTPL, 2014), 59.

²⁴¹ *Ibíd.*, 60.

²⁴² Richard Ítalo Villagómez Cabezas, “El rol del fiscal en el procedimiento penal abreviado”, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 46, <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/484/1/T605-MDP-Villag%20c3%20mez-El%20rol%20del%20fiscal%20en%20el%20procedimiento%20penal%20abreviado.pdf>.

²⁴³ Jorge Zabala, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 213, citado por Ángel Torres y José Macas, *Derecho Procesal Penal II: Guía Didáctica*, 61.

²⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 520, núm. 6.

cargos o durante la instrucción fiscal”.²⁴⁵ El recurso debe estar adecuadamente fundamentado en audiencia oral.²⁴⁶ Se interpone dentro de tres días desde la notificación del auto que resuelve sobre prisión preventiva; y se escuchará a ambas partes con una posterior réplica y contraréplica.²⁴⁷ En el caso de la prisión preventiva la Sala, al resolver el recurso de apelación verifica: el cumplimiento de los requisitos y finalidad de la medida, constantes en el artículo 534 del COIP; junto con las normas constitucionales y de derechos humanos aplicables.

Desde este punto del presente trabajo, se procede a analizar la interpretación de “arraigo” efectuada a nivel judicial dentro del recurso de apelación de prisión preventiva. Con el fin de comprobar las similitudes y diferencias de criterio entre el juez de la Unidad Judicial Penal y la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia. Para esto, se incluye un caso de la jurisdicción ordinaria, donde se analiza la aplicación de la teoría en la práctica, así:

Dentro del proceso 05283-2018-02966 que conoció la Unidad Judicial Penal con Sede en el Cantón Latacunga, por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mediana escala,²⁴⁸ se dio un acalorado debate entre Fiscalía y defensa sobre prisión preventiva y arraigos.

El 26 de septiembre del 2018 se detuvo a la señora S.M.M.B. quién fue aprendida tratando de introducir 42g. de cocaína al Centro de Rehabilitación Social Regional de Cotopaxi, presuntamente con la colaboración del guía penitenciario F.A.Z.H. La procesada se acogió al procedimiento abreviado, mientras que el guía cuestionó la legalidad de la detención y negó rotundamente su participación en el hecho delictivo. Se fue a procedimiento directo debido a que el Fiscal formuló cargos, solicitó prisión preventiva y fundamentó su petición de la siguiente manera:

Por encontrarse reunidos los presupuestos del Art. 534 del COIP, [solicitó] se dicte como medida cautelar de carácter personal, la prisión preventiva, a fin de garantizar su intermediación al proceso, puesto que no se ha justificado arraigo alguno, que cuanta [sic] con suficientes elementos de la existencia de la infracción y la responsabilidad, así como la pena del delito motivo de la formulación excede de un año, y finalmente que al ser guía penitenciarios existe la posibilidad de entorpecimientos de la investigación.²⁴⁹

²⁴⁵ *Ibíd.*, art. 653, núm. 6.

²⁴⁶ *Ibíd.*, art. 652, núm. 3 y 9.

²⁴⁷ *Ibíd.*, art. 654, núm. 1 y 5

²⁴⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 220, núm. 1, lit. b.

²⁴⁹ Ecuador, Unidad Judicial Penal con Sede en el Cantón Latacunga, “Convocatoria audiencia de procedimiento directo (Decreto)”, en *Juicio n.º: 05283201802966*, 29 de septiembre de 2018, s.n.

Se observa que, en la práctica, el actuar de Fiscalía adolece de varios vacíos: 1. No justifica indicios de los que se desprenda que son insuficientes otras medidas cautelares personales distintas a la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado y el cumplimiento de la pena. 2. Pretende con una simple frase “no se ha justificado arraigo alguno”²⁵⁰ invertir la carga de la prueba, endilgando esta obligación a la defensa; tal y como se ha expuesto en esta tesis.²⁵¹ 3. Omite su propia obligación de demostrar el peligro de fuga; en el caso de riesgo procesal señala que existe la posibilidad de que entorpezca la investigación, solo con suposiciones, sin demostrarlo. Por otra parte la defensa manifestó:

No está[r] de acuerdo con la prisión preventiva por cuanto no se ha podido establecer los elementos de convicción claros y precisos de la participación de su defendido, quien está vinculado con una versión; que se justifica arraigos, entregando una [sic] Certificado de trabajo [...] varios roles de pagos; Una partida de matrimonio; Un certificado de arrendamiento [...] Seis certificados de honorabilidad sin reconocimiento de firmas; Una libreta de ahorros y certificaciones bancarias. Solicita se disponga medidas alternativas.²⁵²

La defensa cuestiona los elementos de convicción de responsabilidad; pero no cuestiona que la falta de demostración de indicios de que otras medidas distintas a la prisión preventiva sean insuficientes ni la ausencia de demostración de peligro de fuga en la solicitud de Fiscalía. Pero si presenta arraigos: a) laborales como certificado de trabajo y roles de pagos; b) familiares, partida de matrimonio; c) sociales, certificado de arrendamiento, 6 certificados de honorabilidad, libreta de ahorros y certificaciones bancarias. Además solicita medidas cautelares personales alternativas. Se destaca que como el arraigo no está regulado por la ley procesal penal, todo queda a la sana crítica del juez. Quien evaluará estos documentos sin que seguirlos o ignorarlos sea obligatorio. Esto dificulta la seguridad jurídica en materia penal y socaba el derecho a la libertad, volviéndolo incierto. La jueza hizo la siguiente evaluación:

Lo solicitado por el señor fiscal, es una restricción al derecho a la libertad, [...] siendo por lo tanto, obligatorio justificar la necesidad [...] el numeral 3 del Art. 534, [...] hace referencia a los indicios respecto de que las medidas no privativas de la libertad son insuficientes para garantizar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena [...] la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, [sic] [...] relaciona con el riesgo de entorpecimiento probatorio y/o su fuga; [...] En éste sentido el arraigo es importante a fin de verificar aquellos vínculos en cuanto a la situación personal, familiar y económica del procesado, [...] que motivarían a no fugarse, y colaborar con la administración de

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ Stefan Krauth “La prisión preventiva en el Ecuador”, 75.

²⁵² Ecuador, Unidad Judicial Penal con Sede en el Cantón Latacunga, “Convocatoria audiencia de procedimiento directo (Decreto)”, s.n.

justicia. En el caso concreto, ha existido la acreditación [...] del vínculo matrimonial, [...] más no en cuanto al arraigo social, pues los certificados de honorabilidad [...] no poseen reconocimiento de firma, así tampoco, en cuanto al domicilio, pues éste no se ha justificado [...] un contrato de arrendamiento. En cuanto al arraigo laboral, se ha certificado [...] de “Guía Penitenciario” [...] y es en el desarrollo de su actividad laboral [...] en donde precisamente se lo vincula en el cometimiento del delito, [...] se considera que al realizar sus actividades normales en libertad, éste podría entorpecer la investigación [...] Por lo tanto la acreditación [...] no es suficiente, [...] una vez que se está dictando la medida cautelar requerida por la Fiscalía, ésta debe estar supeditada a que su duración sea la estrictamente necesaria para el desarrollo de la investigación.²⁵³

Se recoge gran parte de la exposición de la jueza *a quo* debido a la importancia de los elementos que analiza; y su interpretación de la ley penal en concordancia con los criterios de organismos internacionales de derechos humanos. Al respecto se puntualiza lo siguiente: 1. Detecta la falencia de Fiscalía al acreditar el requisito 3 del artículo 534; más, corrige esta falencia en la motivación de su decisión. No subraya que el *onus probandi* corresponde a Fiscalía, más bien toma elementos de su propio conocimiento del derecho para sustentar su decisión. 2. Al analizar los arraigos presentados por la defensa indica que son insuficientes los documentos de arraigo social por no tener reconocimiento de firma y el arraigo laboral justificado es irrelevante para la juzgadora porque el delito imputado ocurrió en su lugar de trabajo. 3. Analiza criterios que limitan la prisión preventiva como la necesidad y el plazo razonable, olvidando analizar a fondo la excepcionalidad. 4. Desde esta investigación, se considera que la jueza cuando señaló la falla de Fiscalía debía indicar que: como la parte procesal encargada de demostrar los requisitos de procedencia de la prisión preventiva no lo hizo adecuadamente; entonces esta no procede. Actuar de manera contraria muestra parcialidad. Finalmente la resolución que concedió la prisión preventiva fue apelada por el procesado agraviado por la medida y el expediente fue remitido a la Sala Especializada de lo Penal de Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, para que resuelva la apelación.

La Sala de lo Penal acepta a trámite el recurso y se declara competente para resolver. La audiencia se lleva a cabo el día 15 de octubre de 2018 para la fundamentación de la impugnación. La defensa fundamentó así:

Apela a la prisión preventiva, al ser un agente de seguridad penitenciaria consideran que podría interferir en la administración de justicia o influenciar. Se justificó arraigos familiares, sociales, laborales, para garantizar la presencia del procesado. [...] no existe un solo elemento de convicción o pruebas de que el procesado pueda influenciar en el proceso [...] se pidió que a la señora Maldonado se la traslade a la ciudad de Manta para que ella no sea presionada por nadie, [...] no existe el riesgo de que se obstaculice la investigación o de que ella sea intimidada. Adjunta [...] partida nacimiento de su hijo,

²⁵³ *Ibíd.*

partida de matrimonio, contrato de arrendamiento, [...] certificados de honorabilidad debidamente notariados; certificado laboral [...] [Indica que] Fiscalía no ha demostrado nada, [...] el procesado [...] más bien puede colaborar, [...] no se puede presumir cosas que no son; no se cumple con los presupuestos de los numerales 1, 2 y 4[sic] del Art. 534 del COIP.²⁵⁴

La defensa, manifiesto que Fiscalía no demostró sus afirmaciones sobre el riesgo procesal y de que solo se basó en la presunción²⁵⁵ de que se obstaculice la investigación. Adicionalmente presenta nuevamente documentos de arraigo, con las correcciones que le señaló la jueza a quo, es decir: contrato de arrendamiento y certificados de honorabilidad notariados. Finalmente señala que la solicitud de Fiscalía no reúne los requisitos establecidos en el COIP y que se dicte una medida alternativa a la privación de libertad. Por otra parte Fiscalía realiza una fundamentación más profunda de los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP, de la que hizo en la audiencia de formulación de cargos. Al fundamentar el punto 3 señala que:

Es grave este tipo de infracciones, para garantizar la comparecencia, una medida diferente no garantiza la inmediación, [...] Respecto de la documentación los certificados de honorabilidad no tienen valor alguno, [...] Solicita que se rechace la apelación y se mantenga la medida cautelar de prisión preventiva.²⁵⁶

Se observa que Fiscalía solo hace afirmaciones pero no presenta indicios ni pruebas del riesgo procesal. Basa su fundamentación jurídica del peligro de fuga únicamente en la gravedad del tipo de delito, lo cual, según la Corte IDH no puede ser así.²⁵⁷ Niega el valor a los documentos que demuestran arraigo. Se ve nuevamente que, este elemento jurídico “el arraigo” está en un limbo al no tener base legal que lo respalde. Finalmente la Sala en su análisis expone lo siguiente:

la prisión preventiva es una medida de excepción que limita el derecho a la libertad, [Señala la Constitución la CADH y las Reglas de Tokio] [...] debe dictarse debidamente motivada y Fiscalía deberá demostrar la necesidad de aplicar la prisión preventiva [...] la parte fundamental se reduce a ver la motivación adecuada y sobre todo, el riesgo de elusión y la falta de seguridad en el desarrollo normal y adecuado del proceso conforme los principios de eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal haciendo efectivas las garantías del debido proceso, [...] De la revisión del proceso y habiéndose escuchado a los sujetos [...] se determina que el señor Fiscal no fundamenta el pedido de la medida de prisión preventiva y no existe prueba que justifique peligro de elusión del procesado.

²⁵⁴ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, “Resolución (Resolución)”, en *Juicio n.º: 05283201802966*, 12 de diciembre de 2018, s.n.

²⁵⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 455.

²⁵⁶ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, “Resolución (Resolución)”, s.n.

²⁵⁷ Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*.

[...] no fundamentó los elementos en los que se basa para determinar que el procesado no vaya a estar presente a juicio o al cumplimiento de una probable pena, [...] tampoco el Juez de instancia motiva adecuadamente este elemento, tomando en cuenta de que existen medidas alternativas [...] Es importante partir del marco Jurídico general que protege la libertad y establece el principio jurídico de la presunción de inocencia, el derecho al juicio, el derecho a la defensa, la obligación de motivos racionales para dictar auto de prisión [...] la obligación fundamental de los jueces es garantizar el derecho de las partes [...] y el respeto al debido proceso [...] [el procesado] ha dado suficientes muestras que denotan su intención de no eludir a la justicia, más aún cuando ha justificado [...] arraigos laborales, familiares y domiciliarios, desapareciendo tal riesgo, [...] En fuerza de los razonamientos efectuados, [...] [La Sala] RESUELVE: Aceptar la apelación [...] dejar sin efecto la prisión preventiva [...] dicta [...] 1.- Prohibición de salida del país, [...] presentación cada ocho días ante el Juez [...] prohibición de acercarse a la otra procesada.²⁵⁸

Haciendo una comparación de la teoría establecida en esta tesis, con la práctica recogida del caso real agregado en esta sección, se analiza el razonamiento de la Sala. Primero, se ubicó a la prisión preventiva como una medida de carácter excepcional de acuerdo a la fundamentación jurídica tanto a nivel de instrumentos internacionales de derechos humanos como a nivel constitucional y legal. Segundo, no pasa desapercibido el *onus probandi*, desde el principio se estableció claramente que corresponde a Fiscalía fundamentar su petición, en lo referente al requisito 3 del artículo 534 del COIP. Y que el punto central en el análisis del recurso fue verificar el sustento de la solicitud de Fiscalía y el riesgo procesal. Se señaló que Fiscalía no fundamentó el tercer requisito para procedencia de la prisión preventiva, es decir la demostración de indicios de insuficiencia de otras medidas para garantizar la presencia del procesado y la existencia del riesgo procesal. Además de que la jueza de instancia tampoco fundamentó adecuadamente este punto. Tercero, se valoró positivamente los arraigos presentados por la defensa como adecuados para demostrar que el procesado no eludirá el proceso. Cuarto, se resolvió conceder la apelación y dictar otras medidas alternativas a la privación de libertad. Es importante destacar que la sala hace un análisis de elementos que limitan la prisión preventiva recogidos en esta tesis: presunción de inocencia, excepcionalidad, necesidad, razonabilidad; así como de los fines constitucionalmente validos relacionados con la administración de justicia como eficacia, inmediación, celeridad, economía procesal; y de derechos como el debido proceso, la defensa, tutela judicial efectiva, entre otros. Finalmente, la Sala no hizo un análisis doctrinario específico sobre el arraigo.

²⁵⁸ Ecuador, Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi, “Resolución (Resolución)”, s.n.

En este capítulo se realizó un análisis crítico del arraigo frente al riesgo procesal. Se obtuvo que los arraigos no deben ser considerados por el juez como un requisito para la sustitución de la prisión preventiva. Se señaló la definición de arraigo desde diferentes perspectivas: como prohibición de salida del país, como medida cautelar con efectos similares a la prisión preventiva y como el vínculo de una persona con un lugar, que es la perspectiva con que se le entenderá en esta investigación. Se señaló, siguiendo la doctrina española, que el arraigo puede ser de diferentes tipos: laboral, social, familiar y para la formación. Se estudió el principio de legalidad especialmente desde su definición legal como una limitante normativa que obliga a que exista una ley previa en materia penal para la existencia de un delito, una pena y un proceso. Se obtuvo que la práctica de exigir arraigos es contraria al principio de legalidad porque no consta en una ley orgánica y es una costumbre a la que la ley no se remite. Responde más a criterios prácticos y operativos que jurídicos. Hay un perjuicio a la libertad personal de los procesados y a la presunción de inocencia. El juez debe exigir a la fiscalía la presentación de indicios de riesgo procesal. En su sana crítica, el juez debe evaluar la situación de quienes no puedan presentar estos arraigos por escasez de recursos económicos y dictar otras medidas alternativas.

Se reflexionó sobre la subjetividad e impredecibilidad de la evaluación del riesgo procesal en la práctica penal ecuatoriana. La subjetividad e impredecibilidad no caben en el Derecho, violan el debido proceso, el principio de legalidad, y el derecho a la seguridad jurídica. Resultan posiblemente arbitrarias e ilógicas. Existen criterios doctrinales y legales que, permiten una evaluación objetiva del riesgo procesal. La presentación de arraigos debería ser normada, sin artículos de respaldo se vuelve impredecible la decisión judicial. El arraigo debe ser analizado como criterio subsidiario del peligro de fuga. El juez debe considerar el siguiente orden en su actuar: 1.- Principios favorables al procesado. 2.- Indicios de riesgo procesal aportados por Fiscalía. 3.- Contradicción de defensa donde se analizarán los arraigos. 4.- Decidir. Finalmente se verificó que la práctica de exigir arraigos al procesado para no dictar prisión preventiva es ilegal por ser contraria al COIP e inconstitucional por ser contraria a principios como la igualdad y no discriminación.

El análisis constitucional de las instituciones jurídicas de Derecho Penal, como la prisión preventiva o el arraigo, recurre a criterios establecidos en normativa internacional de derechos humanos; así como a métodos y técnicas de interpretación constitucional. Para tener una visión más amplia del problema jurídico tema de esta investigación, en el

siguiente capítulo se realiza un análisis de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador. En ella se ve principalmente, como se analizan los elementos de la prisión preventiva desde el punto de vista constitucional. Se resaltan los aspectos positivos y negativos de esta decisión y su relación con el tema de estudio: el arraigo. Fundamentalmente se analiza el voto concurrente del juez Ávila que, se extiende en sus consideraciones sobre aspectos fuera de la consulta y, hace un paréntesis para hablar sobre el *famoso arraigo*. Señala allí algunos datos y criterios importantes para la presente investigación.

Se incluyó un caso de la jurisdicción ordinaria, en que se analizó el arraigo en una apelación a la resolución que concede la prisión preventiva. Se constató que la jueza *a quo* no exigió fundamentación adecuada ni demostración de los indicios de que otras medidas distintas a la privación de la libertad sean insuficientes para mitigar el riesgo procesal, sino que bastó con una afirmación de Fiscalía para pasar la carga de la prueba a la defensa. También se obtuvo que la Sala tomó en su decisión una postura más de acuerdo a los criterios expresados en esta tesis, exigiendo a Fiscalía la adecuada fundamentación de los requisitos de procedencia de la prisión preventiva. Finalmente se verificó que al tratar los arraigos no se señaló fundamentación legal porque no existe, sino que su valoración dependió en todo momento de la sana crítica y la pericia del abogado defensor para generar documentos de respaldo del arraigo social, familiar y laboral.

Capítulo tercero: Análisis de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador

En este capítulo se examinan los aspectos relevantes de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador y las consideraciones expuestas en el voto concurrente. A fin de comparar los criterios expresados en esa norma jurídica con la posición de esta tesis: sobre la inconstitucionalidad del requisito de demostrar arraigos para evitar la prisión preventiva. Se revisan los antecedentes del caso en que tres ciudadanos recibieron prisión preventiva y la medida no pudo ser sustituida, lo que derivó a un *control de concreto de constitucionalidad*. Se revisan los argumentos de la consulta y la normativa constitucional e internacional contravenida por la norma. Se revisa el análisis efectuado por la Corte Constitucional desde un punto de vista lógico, normativo y estatista. Se recogen los aspectos relevantes del voto concurrente sobre el garantismo penal, sobre el arraigo y la conexidad. Se hace una apreciación crítica de los argumentos centrales del fallo y del voto concurrente. Se critica la falta de análisis numérico en el Derecho que tendrá efectos a nivel nacional. Se indican los aspectos que no consideró la sentencia y en los que se excedió el voto concurrente.

Se empleó el método inductivo que “parte de hechos particulares aceptados como válidos, para llegar a conclusiones, cuya aplicación sea de carácter general”.²⁵⁹ Es decir que sigue la misma vía de análisis e inferencia que la sentencia mencionada. Inicia con las particularidades del caso, analiza los posibles efectos y obtiene una norma de carácter general que se aplicará a casos futuros. “El método inductivo es fundamental para todas las ciencias que de un número limitado de observaciones particulares deducen una ley general sobre la naturaleza o el comportamiento de las cosas. Es, pues, importante en primer lugar para [el Derecho] Como todo método complejo, el método inductivo sólo es posible bajo el presupuesto de ciertas ideas fundamentales, es decir, bajo ciertas condiciones gnoseológicas”.²⁶⁰ Estas condiciones están fundamentadas en el determinismo universal, base del racionalismo, que indica que en las mismas

²⁵⁹ César Bernal, *Metodología de la Investigación*, 56.

²⁶⁰ Heinrich Beck, “Concepto y presupuestos gnoseológicos del método inductivo” (Navarra, Universidad de Navarra, 2007), 13, <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/1798/1/01.%20Heinrich%20BECK,%20Universidad%20de%20S%20alburgo,%20Concepto%20y%20presupuestos%20gnoseol%C3%B3gicos%20del%20metodo%20inductivo.pdf>.

circunstancias, mismos antecedentes son seguidos de las mismas consecuencias.²⁶¹ Por tal, se permite que las conclusiones de una muestra de observaciones, se extiendan como leyes a la universalidad de casos.

1. Antecedentes del caso concreto

En Quito, el 29 de enero de 2020 tres personas²⁶² fueron víctimas de un robo, por parte de tres personas con acento extranjero, quienes portaban mascarillas de médico y pasamontañas. Les amenazaron con un cuchillo y un arma de fuego; además le causaron heridas a una de las supuestas víctimas al intentar apuñalarlo. Según versiones de ellos, se encontraban parqueados entre compañeros de trabajo, cuando un auto oscuro los interceptó, se bajaron los asaltantes, les rebuscaron y agredieron. Se llevaron un celular Huawei, una cartera, un reloj y treinta dólares.²⁶³ A las 11h00 en las calles Machala y Eustacio Blanco se realizó la detención de tres ciudadanos venezolanos²⁶⁴ “cuando estas tres personas suben a un vehículo Chevrolet Spark color azul [...] uno de ellos llevaba un bolso de cuero en la que se encuentra una mascarilla, un celular Samsung, un arma de fuego, y ciento setenta y cinco dólares en efectivo.²⁶⁵ Los detenidos había intentado huir. En versión, uno de ellos indicó que estaba trabajando de Cabify y que iba a comer con su sobrino cuando fueron detenidos. El tercer detenido relató que estaba trabajando en su puesto de comidas cuando lo detuvieron.²⁶⁶ Los agentes de aprehensión elaboraron el parte 202001290102448716 y llevaron a los procesados ante el de la Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en la Parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito.

La audiencia de flagrancia, con número de proceso 17282-2020-00210, se llevó a cabo el día 30 de enero del 2020. En esta audiencia el juez calificó la legalidad de la detención y la flagrancia. Fiscalía dio inicio a la instrucción, indicó que atribuía a los procesados el delito de robo²⁶⁷ y solicitó como medida cautelar la prisión preventiva. Señalo aquí que un indicio de riesgo procesal que la fiscalía podría haber presentado es

²⁶¹ César Bernal, *Metodología de la Investigación*, 43.

²⁶² Los nombres se los puede consultar en el proceso n.º 17282202000210.

²⁶³ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, “Sobreseimiento (Auto Resolutivo)”, en *Juicio n.º: 17282202000210*, 21 de septiembre de 2020.

²⁶⁴ Se señala esta característica no por fines xenofóbicos, sino para el análisis del arraigo.

²⁶⁵ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito, “Sobreseimiento”.

²⁶⁶ *Ibíd.*

²⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 189, inciso 1.

el que los procesados cuentan con nacionalidad extranjera y podían ir al exterior para eludir la acción judicial.

La defensa reclamó que no se pudo justificar los elementos de convicción de responsabilidad de los procesados ni la insuficiencia de otras medidas cautelares. Señaló las contradicciones entre los testimonios de las presuntas víctimas. Luego procedió a presentar: documentos de arraigo social como planillas de servicios básicos. Presentó también certificados de honorabilidad, certificados de antecedentes penales y rutas de trabajo de dos de los procesados. La defensa solicitó que se apliquen como medidas cautelares alternativas: la prohibición de salida del país y la presentación periódica ante autoridad. El juez dictó prisión preventiva contra los 3 imputados, pues consideró que se cumplían los requisitos. Dispuso que se giren las boletas de encarcelamiento y notificó a las partes con el inicio de la instrucción. Finalmente envió el proceso a coordinación para que se sortee una unidad judicial que continúe con la causa.²⁶⁸

Los procesados pidieron una audiencia para la sustitución de la prisión preventiva. Aquí, considero cometieron un error como se verá más adelante. La audiencia para revisión de la medida se dio el 09 de marzo del año 2020. La defensa expuso que existían nuevos elementos de arraigo social, y señaló que no había elementos claros de responsabilidad. Presentaron individualmente documentos: 1.- Arraigo social, como libreta de ahorros, declaración juramentada de domicilio, planilla de luz, contrato de trabajo, certificado de antecedentes penales, certificados de honorabilidad, documentos migratorios, trámite de visa migratoria, RUC, declaraciones de impuestos. 2.- Arraigo laboral, como declaración juramentada del trabajo que realizan, contrato de arriendo de vehículo. 3.- Arraigo familiar, no presentaron. 4.- Arraigo para la formación, como certificado de estudios y certificado de cursos realizados, título universitario. Solicitaron que los documentos sean valorados.²⁶⁹ Fundamentaron su petición en la excepcionalidad de la medida y en las reglas de Tokio, y salvaguardias 3.6. 2.1. Solicitaron la sustitución por prohibición de salida del país, presentación periódica y dispositivo de vigilancia electrónica.²⁷⁰ Sobre las reglas de Tokio, es preciso destacar que estas emplean un

²⁶⁸ Ecuador, Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en la parroquia Mariscal del Distrito Metropolitano de Quito, “Acta Resumen”, en *Juicio n.º: 17282202000210*, 30 de enero de 2020.

²⁶⁹ *Ibíd.*

²⁷⁰ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, “Acta Resumen”, en *Juicio n.º: 17282202000210*, 09 de marzo de 2020.

lenguaje que elimina por completo la presunción de inocencia, puesto que se refiere como *delincuentes* a toda clase de procesados.²⁷¹

En esta audiencia, Fiscalía señaló que no hay hechos nuevos, enumeró los elementos de convicción de la instrucción y criticó a los arraigos presentados. Señaló que los documentos presentados eran deficientes y elaborados más de 20 días después de los hechos materia del proceso, como el contrato de arriendo de vehículo, cuando ya los procesados estaba detenidos. Finalmente señaló que el artículo 536 del COIP no permitía la sustitución en las infracciones sancionados con pena superior a 5 años. Punto culminante de su intervención que hizo innecesarios más argumentos. A esto replicó la defensa indicando que los bienes que constaban en cadena de custodia eran propiedad de sus clientes y que no había elementos concluyentes del tipo penal robo, ni prueba de responsabilidad.²⁷² Es en este punto donde considero que fue un error, solicitar la sustitución de la medida, porque legalmente era imposible por el artículo 536 del COIP.²⁷³ En su lugar la defensa debía apelar al auto de prisión preventiva, indicando que no se había justificado adecuadamente los requisitos para que esta proceda, pues parte de su argumento era que no había elementos de convicción de materialidad ni responsabilidad. Habría tenido más efecto práctico para sus defendidos. En todo caso, la intervención del abogado hizo dudar a la jueza sobre la constitucionalidad de la norma y generó la consulta a la Corte Constitucional.

La jueza señaló que el artículo 536 del COIP establecía un candado legal que le imposibilitaba sustituir la prisión preventiva por ser un caso con una pena superior a 5 años. Indicó que “la Corte Constitucional ha establecido que los jueces no pueden dejar de aplicar una norma por considerarla inconstitucional ni inobservarla”,²⁷⁴ además el COIP lo prohíbe.²⁷⁵ Dentro de su labor de motivación y en un análisis jurídico muy interesante, comparó las normas de la Constitución,²⁷⁶ la regulación en el COIP,²⁷⁷ la CADH²⁷⁸ y la jurisprudencia de la Corte IDH sobre los principios de la prisión preventiva como medida “excepcional [...] proporcional, [...] necesaria, [...] [y que] no puede estar

²⁷¹ ONU Asamblea General, *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*, 14 de diciembre de 1990, 2.1, Resolución 45/110.

²⁷² Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito, “Acta Resumen”, 1.

²⁷³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

²⁷⁴ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito, “Acta Resumen”, 1.

²⁷⁵ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 268.

²⁷⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1.

²⁷⁷ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

²⁷⁸ OEA, *Convención Americana Sobre los Derechos Humanos*, art. 7 núm. 3 y art. 8, núm. 2.

determinada a la gravedad del delito”.²⁷⁹ Finalmente suspendió la tramitación de ese punto de derecho y envió una consulta a la Corte Constitucional para que esta ejerza el *control de concreto de constitucionalidad* en virtud del artículo 142 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) y se pronuncie en 45 días sobre la constitucionalidad de la norma.²⁸⁰ Por lo tanto no se pronunció sobre la petición de sustitución de medida.

La consulta fue recibida por la Corte Constitucional el 16 de marzo del 2020, se le asignó el número 8-20-CN, fue presentada por Ab. Paola Viviana Campaña Terán en contra de Fiscalía General del Estado.²⁸¹ La jueza ponente Karla Andrade Quevedo, aceptó la consulta a trámite por considerar que cumplía con todos los requisitos establecidos en la sentencia N°. 001-13-SCN-CC, esto es: identificación de la norma consultada, identificación de los principios y reglas constitucionales presuntamente infringidos y la relevancia de la disposición normativa consultada para la decisión del caso concreto.²⁸² Posteriormente la causa fue resuelta, como se verá en secciones posteriores de este capítulo. Para un adecuado análisis, que considere los efectos de la prisión preventiva en los procesados, conviene saber qué pasó con ellos del presente caso. ¿Cómo resultó la medida cautelar y el procedimiento penal ordinario? Por tanto, se analiza el resto del proceso.

El 26 de agosto venció el plazo que tenía la Corte Constitucional para pronunciarse por lo que se siguió con el proceso. El 7 de septiembre del 2020 se dio la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Fiscalía presentó dictamen acusatorio. La jueza lo analizó el proceso y concluyó que:

Las versiones son contradictorias en cuanto al color del vehículo, las versiones de las víctimas establecen que les robaron varios objetos como un teléfono Huawei y un reloj Di Mario, elementos estos que no fueron encontrados en poder de los supuestos perpetradores, también hay diferencias en cuanto a la cantidad de dinero. [...] Las víctimas también indicaron que se les sustrajeron billeteras y carteras con documentos personales, que tampoco se encontraron en poder de los procesados. [...] Fiscalía al presentar sus elementos de cargo no ha realizado un análisis objetivo, ya que dichos elementos no son suficientemente fuertes para construir un caso. [...] esta autoridad [la jueza] al concluir que los indicios presentados por fiscalía no conducen a presumir la existencia del delito de ROBO y la participación de los [...] de conformidad con el Art.

²⁷⁹ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito, “Acta Resumen”, 1.

²⁸⁰ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito, “Acta Resumen”, 1.

²⁸¹ Ecuador, Corte Constitucional, “Acta de Sorteo”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, 16 de marzo de 2020, 1.

²⁸² Ecuador, Sala de Admisión de la Corte Constitucional, “Auto de Sala de Admisión”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, 04 de junio de 2020, párr. 7.

605, numeral 2, del COIP, DICT[A] AUTO DE SOBRESEIMIENTO [...] y en consecuencia se revocan todas las medidas cautelares.²⁸³

Los procesados recuperaron la libertad. Estuvieron en prisión preventiva 222 días, 7 meses con 9 días. Como se dice popularmente *sin haber comido ni bebido* (en lo referente al delito). Se ratificó su inocencia en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Ni siquiera fueron a procedimiento penal ordinario, puesto que no había elementos de convicción concordantes para determinar la responsabilidad. Tanto sufrimiento y padecimiento innecesario en prisión, para que al final les digan que: ¡no han sido! El análisis sobre lo que implica la prisión preventiva para un procesado que resultó inocente, muchas veces se rehúye en ámbitos académicos como doctrinales.

Simplemente, se considera que es un sacrificio que, al imputado (inocente o culpable) le toca soportar. Se le da irrelevancia a su suplicio. Para finalizar, destacaré que 7 meses de privación de libertad es una pena completa, eterna para alguien inocente. Su duración supera a todas las contravenciones, y está comprendida en el rango temporal de penas para delitos como hurto,²⁸⁴ usurpación,²⁸⁵ aborto consentido,²⁸⁶ violencia psicológica contra la mujer,²⁸⁷ denuncia maliciosa,²⁸⁸ tenencia de armas,²⁸⁹ entre decenas de otros delitos. Cuando una persona pasa todo ese tiempo en prisión, sin haber cometido delito alguno, es obvio que ahí falla el Derecho Penal. ¿Quién repara a los procesados? Nadie. Como aconseja García, recurriré a la ironía²⁹⁰ para confutar el desinterés del Derecho ecuatoriano sobre este aspecto. Carlos Michelena cuenta que al ladrón pobre “le agarran, le patean, le insultan, le vejan, le hacen carga montón, traen gasolina, le queman. ¡Averiguan!: no ha sido”.²⁹¹ Hace falta un estudio cuantitativo que muestre las tasas de personas inocentes que son privados de la libertad por periodos largos. Esto para apoyo en la labor legislativa del derecho penal. La prisión preventiva debe ser excepcional, en Ecuador

La Comisión observa que la violencia intracarcelaria se enmarca en una crisis penitenciaria [...] [entre] las causas [...] [están el] [...] uso excesivo de la prisión

²⁸³ Ecuador, Unidad Judicial Penal de la parroquia Iñaquito, “Sobreseimiento”.

²⁸⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 196; Pena privativa de libertad de 6 meses a 2 años.

²⁸⁵ *Ibíd.* art. 200; *Ibíd.*

²⁸⁶ *Ibíd.* art. 149, inciso 2; *Ibíd.*

²⁸⁷ *Ibíd.* art. 157; Pena privativa de libertad de 6 meses a 1 año.

²⁸⁸ *Ibíd.* art. 271; *Ibíd.*

²⁸⁹ *Ibíd.* art. 360; *Ibíd.*

²⁹⁰ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho*, 164.

²⁹¹ Carlos Michelena, “Del Parque a su Casa Vol 5 - (Carlos Michelena) Teatro De La Calle”, video de YouTube, 2020, 25:23, <https://www.youtube.com/watch?v=jKEYypqMiRo>.

preventiva [...] al 29 de octubre de 2021, más del 39% del total de la población carcelaria se encuentra bajo este régimen. [...] se aplica de manera contraria a la excepcionalidad que exige su naturaleza.²⁹²

Finalmente, el auto de sobreseimiento fue apelado. En la audiencia de apelación 2020 se confirmó la decisión de la jueza inferior.²⁹³ Lo que significa que, tanto al momento de la flagrancia como al momento del dictamen acusatorio, el fiscal no contó con elementos de convicción necesarios para probar la responsabilidad de los procesados. Entonces la defensa tuvo razón al indicar que el requisito 2²⁹⁴ para que proceda la prisión preventiva, nunca se justificó adecuadamente.

2. Argumentos de la consulta de constitucionalidad de la norma

La jueza consultante indicó a la Corte Constitucional que consideraba que el artículo 536 del COIP, en lo relacionado a la prohibición de sustituir la prisión preventiva en caso de delitos con penas superiores a 5 años, se oponía a:

- La Constitución: artículo 77 numeral 11, sobre la excepcionalidad de la prisión preventiva; y artículo 11 numeral 2²⁹⁵ sobre la prohibición de discriminación por el pasado judicial para el ejercicio de derechos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: artículo 9 numeral 3,²⁹⁶ referente a la excepcionalidad de la prisión preventiva.
- Convención Americana de Derechos Humanos: artículo 7, numeral 3, que indica que nadie puede ser encarcelado arbitrariamente; el artículo 8 numeral 2²⁹⁷ sobre la presunción de inocencia y las garantías básicas del derecho a la defensa.

²⁹² CIDH, *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*, 21 de febrero de 2022, párr. 12-7, OEA/Ser.L/V/II.

²⁹³ Ecuador, Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito De La Corte Provincial De Justicia De Pichincha, “Rechazar recurso de apelación (Resolución)”, en *Juicio n.º: 17282202000210*, 25 de noviembre de 2020.

²⁹⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 534, núm. 2.

²⁹⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1 y art. 11, núm. 2.

²⁹⁶ ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 9, núm. 3.

²⁹⁷ OEA, *Convención Americana Sobre los Derechos Humanos*, art. 7 núm. 3 y art. 8, núm. 2.

- Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Casos Daniel Tibi vs Ecuador²⁹⁸ y Acosta Calderón vs Ecuador,²⁹⁹ relacionados a la *excepcionalidad* de la medida; Barreto Leiva vs Venezuela,³⁰⁰ sobre la *proporcionalidad*; Palamara Iribarne vs Chile³⁰¹ y Ricardo Canese vs Paraguay,³⁰² referentes a que la prisión preventiva *debe ser necesaria*; López Álvarez vs Honduras,³⁰³ donde se establece que *no puede estar determinada por la gravedad* del delito.
- Se señalaron también normas de *soft-law* como las Reglas de Tokio: regla 2, sobre el alcance de medidas no privativas de la libertad; y la regla 6 sobre la *ultima ratio* de la prisión preventiva.³⁰⁴

Las normas que se señalan como contravenidas por la disposición del COIP son jerárquicamente superiores. La Constitución debe ser aplicada por encima de todas las otras normas del ordenamiento jurídico, de igual manera los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador con derechos más favorables³⁰⁵ como la CADH, el PIDCP y la jurisprudencia de la Corte IDH. Por otro lado las Reglas de Tokio, no son de carácter obligatorio, sino pautas para la aplicación de estas medidas. La jueza también consultó sobre si procedía la prohibición de sustitución en la reincidencia, pero esto no fue respondido por la Corte Constitucional porque al tiempo de consulta no estaba vigente y no se aplicaba al caso, por lo que era improcedente mediante el control concreto de constitucionalidad.

El argumento principal emitido por la jueza consultante es que la prohibición de sustitución de la prisión preventiva, se opone a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, necesidad, no determinación en función del tipo de delito imputado ni

²⁹⁸ Corte IDH, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi Vs. Ecuador*.

²⁹⁹ Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*, 24 de junio de 2005, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.

³⁰⁰ Corte IDH, “Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*, 17 de noviembre de 2009, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf.

³⁰¹ Corte IDH, “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*, 22 de noviembre de 2005, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.

³⁰² Corte IDH, “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*, 31 de agosto de 2004, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.

³⁰³ Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*.

³⁰⁴ ONU Asamblea General, *Reglas Tokio*, 6.

³⁰⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 424.

de la gravedad del mismo. Además hay dos principios transversales contravenidos: la presunción de inocencia y la no discriminación. Sobre proporcionalidad, necesidad y excepcionalidad, ya se analizó en el primer capítulo de esta investigación. La no determinación en función del tipo de delito no se analiza porque corresponde a la consulta sobre reincidencia.

Sobre la no determinación de la prisión preventiva y sus reglas, en función de la gravedad del delito, se observa que la excepción de que “no cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años”,³⁰⁶ se refería indirectamente a la gravedad del delito. Pero en concreto se establecía según el quantum de la pena, es decir, según la “decisión político criminal, [...] que [...] referencia a un delito concreto”,³⁰⁷ según su duración en el tiempo. Aplicado al caso concreto el robo tiene como pena la privación de la libertad de 5 a 7 años,³⁰⁸ por lo tanto la consulta era procedente. Como recoge Ovalle este es el criterio más objetivo para determinar la gravedad de un delito;³⁰⁹ así que la excepción señalada se determinaba según la gravedad.

El que la prisión preventiva sea una medida cautelar no punitiva, es una ficción legal. Está sostenida por los principios señalados, que deben permanecer vigentes mientras la medida subsista. La jueza consultante señaló que “la prisión preventiva a criterio de la Corte, debería mantenerse en constante revisión, para poder optar por medidas alternativas a ésta, en caso de que las circunstancias del proceso lo permitan y para realizar un control de la arbitrariedad e ilegalidad”.³¹⁰ La limitación legal consultada impedía revisar los requisitos y/o analizar los estándares internacionales de derechos humanos que la rigen. Si durante el tiempo de la medida aparecían hechos nuevos o se desvanecen los elementos que sirvieron para dictarla, podía operar la *revocatoria*. Esto sucede si se vuelve dudosa la materialidad (requisito 1), responsabilidad (requisito 2) o si se modifica el delito acusado, como en una reformulación de cargos (requisito 4).

Mientras que, si desaparecía o se debilitaba el riesgo procesal (requisito 3), no existía trámite posible para modificar la prisión preventiva, porque la ley no permitía la

³⁰⁶ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536.

³⁰⁷ Eduardo Montealegre y José Caro, *El sistema penal normativista* (Bogotá: Universidad Externado, 2008), s.n., https://www.google.com.ec/books/edition/El_sistema_penal_normativista/ii6jDwAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22quantum+de+la+pena+es%22&pg=PT224&printsec=frontcover

³⁰⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 189, inciso 1.

³⁰⁹ Marcelo Ignacio Ovalle Bazán, “La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile*”, *Dikaion* 28, n.º: 1 (2019): 60, <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v28n1/0120-8942-dika-28-01-35.pdf>.

³¹⁰ Ecuador, Corte Constitucional, “Informe de la consulta”, en *Caso n.º: 8-20-CN*, 16 de marzo de 2020, 8.

sustitución (y aun no permite la caución). En ese supuesto, la prisión preventiva era la regla. Si a posterior, la persona resultaba culpable, no había problema se le contaría el tiempo para su pena (nótese la anticipación de la pena);³¹¹ más, si era inocente, su vida no dependía de sí mismo ni de sus actos, sino de una variable externa: el delito que se le imputó. Aún sin riesgo procesal alguno, debía seguir en prisión. Si por ejemplo alguien realizaba una denuncia falsa de robo contra otra persona, forjaba elementos de materialidad, de responsabilidad y lograba que se dictara la medida; entonces el imputado podía pasar hasta 1 año en prisión. Si posteriormente el procesado presentaba arraigo social, continuaría en prisión porque no se podía sustituir la medida. La consecuencia era incierta. Cuando la persona procesada demuestra arraigos realmente significativos, el riesgo procesal deja de existir. No obstante, en la ley penal, como estaba formulada, eso no modificaba la prisión preventiva. Los arraigos perdían su función de instrumentos para desacreditar el requisito 3 de la prisión preventiva. Todos los presuntos inocentes con penas superiores a 5 años no tenían derecho a la sustitución.

Una disposición similar a la establecida en el artículo 536 de la ley penal ecuatoriana³¹² fue objeto de análisis por la Corte IDH en el caso *López Álvarez vs Honduras*. Allí se estableció que la prisión preventiva se vuelve “arbitraria aunque sea legal”,³¹³ porque cuando la ley lo limita, se excluye la posibilidad de revisar la medida y la vigencia de los principios que la sostienen. Además adelanta la pena. La norma analizada por la Corte IDH en aquel caso establecía que “si el delito que se juzga fuere de naturaleza que por Ley no merezca pena de reclusión que pase de cinco años, se podrá otorgar al procesado la libertad bajo caución”.³¹⁴ Como se observa esta norma es similar a la que prohibía la sustitución de la medida, e idéntica a la vigente en Ecuador sobre la caución. Esta disposición jurisprudencial es obligatoria para Ecuador porque “es Estado Parte en la Convención Americana desde el 28 de diciembre de 1977 y aceptó la competencia obligatoria de la Corte el 24 de julio de 1984”.³¹⁵ Para la Corte Constitucional es obligatorio seguir esta jurisprudencia. Además es un instrumento de

³¹¹ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 59.

³¹² *Ibíd.*, art. 536.

³¹³ Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. 01 de febrero de 2006, párr. 22.

³¹⁴ Honduras, *Código de Procedimientos Penales*, Decreto Número 189-84, 27 de febrero de 1985, art. 433, <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn007es.pdf>.

³¹⁵ Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, 12 de noviembre de 1997, párr. 3, https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

derechos humanos que reconoce derechos más favorables a los establecidos en la Constitución.

El segundo argumento que presentó la jueza es que, Ecuador ya fue sancionado por “mantener en su ordenamiento jurídico [...] excepciones a la liberación de detenidos en atención al tipo de delito de que se trate”.³¹⁶ La disposición legal mencionada por la Corte IDH excluía de la caducidad de la prisión preventiva a “los que estuvieren encausados, por delitos sancionados por la Ley sobre Sustancias Estupefacentes y Psicotrópicas”.³¹⁷ Este argumento no se analiza porque se refiere a la consulta no precedente sobre la reincidencia y la discriminación con relación al pasado judicial. Se considera que aunque procesalmente la Corte Constitucional tuvo razón, en el futuro debe manifestarse sobre la reincidencia y la prohibición de caución; porque hay la misma razón jurídica. Mas, para que proceda el control constitucional de normas de origen parlamentario se requiere una demanda de inconstitucionalidad³¹⁸ que puede proponer cualquier persona.

3. Análisis efectuado por la Corte Constitucional del Ecuador

Dentro de su sentencia 8-20-CN/21 emitida el 18 de agosto de 2021, la Corte Constitucional examinó los antecedentes del caso, el proceso ante la CC, la competencia, indicó las normas cuya constitucionalidad se consultó, los argumentos de la misma, además delimitó la consulta. Luego procedió a exponer sobre la imposibilidad de sustitución de prisión preventiva en delitos con penas de más de 5 años. Finalmente, señaló los efectos de la sentencia y emitió su decisión.

- Los *antecedentes* y el *proceso ante la CC* ya fueron analizados en el numeral 1 de este capítulo.

- En cuanto a *la competencia*, es decir, la facultad limitada y específica que tiene la CC para ejercer funciones jurisdiccionales en cierto ámbito de materia, personas, territorio o grados,³¹⁹ el Pleno de la Corte Constitucional señaló que tienen la competencia para conocer y resolver consultas de control concreto de constitucionalidad,

³¹⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Informe de la consulta”, 9.

³¹⁷ Ecuador, *Código Penal*, Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971, art. 114-A.

³¹⁸ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho*, 113.

³¹⁹ Enrique Coello García, *Sistema Procesal Civil I: Jurisdicción y Competencia* (Loja: UTPL, 2012), 155.

según la Constitución³²⁰ y la LOGJCC.³²¹ Este señalamiento como solemnidad de sus sentencias.

- El *enunciado normativo* de cuya constitucionalidad se duda es el artículo 536 del COIP:

Art. 536.- Sustitución.- La prisión preventiva podrá ser sustituida por las medidas cautelares establecidas en el presente Código. **No cabe la sustitución en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años.**

Si se incumple la medida sustitutiva la o el juzgador la dejará sin efecto y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado.³²²

Tampoco se podrá sustituir la prisión preventiva por otra medida cautelar cuando se trate de un caso de reincidencia³²³

- Los *argumentos de la consulta* ya fueron expuestos prolijamente en el numeral 2 del presente capítulo.

- Sobre la *delimitación de la causa*, la jueza consultante solicita que se evacúe su duda sobre la constitucionalidad del artículo vigente en ese entonces; y además con la modificación (que prohíbe la sustitución de la prisión preventiva en caso de reincidencia) aprobada el 17 de febrero de 2021, que entraría en vigencia a partir del 16 de agosto del 2021. No obstante, la CC señala que no se pronunciarán al respecto porque no les corresponde pronunciarse sobre una prohibición que no es aplicable al caso.³²⁴ En efecto, el trámite solicitado por la jueza consultante es el control concreto de constitucionalidad, ubicado en el Título IV de la LOGJCC, artículo 142:

Procedimiento.- [...] cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, sólo si tiene duda razonable y motivada de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, la que [...] resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Es decir que la norma consultada debe afectar al proceso. Por eso es control concreto, porque afecta a lo real,³²⁵ no simplemente a una hipótesis. Se requiere que sea

³²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 428.

³²¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009, art. 141-3.

³²² Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536; Artículo vigente al tiempo de la consulta. El resaltado lo realizó al autor de este trabajo.

³²³ Ecuador, *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción*, Registro Oficial 392, Segundo Suplemento, 17 de febrero de 2021, art. 19.

³²⁴ Ecuador Corte Constitucional, "Sentencia", en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, 5.

³²⁵ Juan David García Bacca, *Nueve grandes filósofos contemporáneos y sus temas: Bergson, Husserl, Unamuno, Heidegger, Scheler, Hartmann, W. James, Ortega y Gasset, Whitehead* (Barcelona: Anthropos, 1990), 469.

aplicable al proceso que la jueza está conociendo. Uno de los requisitos de este trámite es la “iii. Explicación y fundamentación clara y precisa de la relevancia de la disposición normativa cuya constitucionalidad se consulta, respecto de la decisión definitiva de un caso concreto”.³²⁶ Por el principio de irretroactividad, absoluto en materia penal,³²⁷ jamás sería aplicable al caso concreto una disposición no vigente al momento de los hechos; a menos que haya sido más favorable al procesado, pero no es el caso. Además la modificación legislativa entró en vigencia casi un año después de que los procesados fueron sobreseídos. Y al caso no aplicaba la reincidencia, porque los procesados no tenían antecedentes penales. Si la jueza deseaba saber sobre la constitucionalidad de la prohibición de sustitución de prisión preventiva en reincidencia, debía adicionalmente presentar una demanda de inconstitucionalidad contra disposición legal de origen parlamentario, solicitando el control abstracto de constitucionalidad,³²⁸ para que se evalúe la aplicación hipotética o no real.

- En el análisis de la CC *sobre la prisión preventiva y su imposibilidad de sustitución en los delitos con prisión superior a 5 años*, la CC expuso como principal argumento que:

La justificación constitucional para la prisión preventiva es en primer lugar la tutela judicial efectiva,³²⁹ promover una justicia que pueda ser ejecutada luego del proceso. La eficacia del proceso se garantiza mediante las medidas cautelares que aseguran la presencia de la persona procesada, el cumplimiento de la pena, prevenir el ocultamiento, alteración o destrucción de pruebas, etc.³³⁰ La medida debe seguir fines constitucionales válidos, además debe ser idónea, necesaria, proporcional,³³¹ excepcional y no puede estar determinada únicamente por la gravedad del delito. Estos justificativos constitucionales se deben mantener a lo largo de todo el tiempo de vigencia de la medida, caso contrario la misma se vuelve arbitraria.³³²

Los *finés constitucionalmente válidos* que persigue la prisión preventiva son: mitigar el riesgo procesal y el derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, “garantizar la

³²⁶ Ecuador, Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 0535-12-CN*, 06 de febrero de 2013, 9.

³²⁷ Rubén Ortega Jaramillo, *Introducción al Derecho*, 143; Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 5, núm. 1.

³²⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 113; Juan David García Bacca, *Nueve grandes filósofos contemporáneos y sus temas*, 469

³²⁹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 30.

³³⁰ *Ibíd.*, párr. 31.

³³¹ *Ibíd.*, párr. 38.

³³² *Ibíd.*, párr. 44.

comparecencia del imputado o acusado al proceso, y el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena”.³³³ Sin estos fines, no se podría restringir la libertad. La necesidad de aplicar esta medida está relacionada con la insuficiencia de otras menos gravosas como la prohibición de salida del país, presentación periódica ante autoridad, etc. El juez debe examinar la *necesidad*,³³⁴ esta debe ser demostrada por fiscalía, puesto que la Constitución exige a los jueces que primero consideren aplicar otras medidas alternativas.³³⁵ Si la defensa demuestra arraigo social importante, el principio de necesidad se desvanece y no hay motivo para que la medida se mantenga. La *excepcionalidad* indica que la medida no es la regla sino la última opción que debe ser considerada.

El transcurso del tiempo puede alterar el estado de la *proporcionalidad*, mientras la medida se prolonga, el peso del reclamo de libertad del imputado aumenta. A pesar de que la medida tiene sus límites como la caducidad, estos no significa que sean proporcionales en todos los casos. La prisión preventiva puede hacerse desproporcionada y arbitraria antes de que opere la caducidad. Como ejemplo de cuando la medida se vuelve desproporcionada, se tiene que: en el caso de la Corte IDH, Suarez Rosero vs Ecuador, el señor Rafael Suarez estuvo privado de la libertad por tres años y diez meses,³³⁶ siendo que el delito por el cual fue sentenciado tenía una pena máxima de dos años.

Si las circunstancias en que se dictó la prisión preventiva cambian, entonces esta pierde su justificativo. Porque o bien ya no persigue un fin constitucionalmente válido, o ya no es absolutamente necesaria, o ya no es proporcional. Si la medida ya no está justificada, lo lógico y justo es que se decrete la libertad. Las medidas cautelares deben ser susceptibles de ser sustituidas, suspendidas o revocadas, son instrumentos de naturaleza mutable. La limitación legal consultada vuelve insustituible la prisión preventiva, por otra medida menos gravosa.³³⁷ Restringe la libertad ambulatoria del presunto inocente y repercute en sus relaciones familiares, sociales y laborales, así como sobre su integridad física y psíquica.³³⁸ Es verdad que, cuando la pena es superior a cinco años, existen otras alternativas para la modificación de la prisión preventiva como la

³³³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 1.

³³⁴ ONU Comité de Derechos Humanos, *Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*, 16 de diciembre de 2014, párr. 34, CCPR/C/GC/35.

³³⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 77, núm. 11.

³³⁶ Corte IDH, “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”, *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*, párr. 74.

³³⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 32, 34.

³³⁸ *Ibíd.*, párr. 37.

apelación, revocatoria (la suspensión no, porque la caución tiene la misma limitante), pero se aplican a otros supuestos jurídicos y no son equivalentes.³³⁹ Es precisamente lo que sucedió en el caso concreto del que partió la consulta. No se pudo sustituir la prisión preventiva a pesar de que se tornó innecesaria porque los procesados demostraron arraigos para desacreditar el riesgo procesal.

Finalmente la CC señaló que la Función Legislativa, a pesar de tener competencia para emitir leyes orgánicas, no puede limitar el ejercicio de derechos como la libertad. No podía establecer, en el procedimiento para la sustitución de la prisión preventiva, “condicionamientos u obstáculos que impidan, de forma irrestricta, la revisión de esta medida cautelar cuando ha perdido su justificativo constitucional. [...] Esto pervierte la propia naturaleza de las medidas cautelares, sobre la única base de la gravedad de la posible sanción”.³⁴⁰ Estas excepciones despojan de un derecho fundamental a una gran parte de privados de la libertad. La CC consideró que la limitante consultada era contraria a la Constitución artículo 66 numeral 14 y artículo 77 numeral 1. Para el análisis de este conflicto de normas, la CC utilizó algunos métodos y reglas de interpretación constitucional, entre los que se identifican: reglas de solución de antinomias, principio de proporcionalidad e interpretación sistémica.³⁴¹ La norma inconstitucional no era apta para crear vínculos jurídicos, mas, durante su vigencia, en numerosos casos produjo efectos.³⁴² Eso cambió a raíz de la resolución de la Corte Constitucional. Se agrega que en su parte considerativa la sentencia no se manifiesta en modo alguno sobre la exigencia judicial de demostración de arraigos para desacreditar el riesgo procesal.

- Los efectos de la sentencia de la CC son *erga omnes*, es decir, alcanzan a todos.³⁴³ No se consultó la aplicabilidad al caso concreto, sino que se cuestionó la compatibilidad del artículo 536 inciso 1 del COIP con la Constitución y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Ecuador. Entonces, la sentencia adquirió los mismos efectos que las de control abstracto de constitucionalidad: generalidad. A partir de la promulgación de la sentencia, todos los jueces de garantías penales podrán sustituir la prisión preventiva sin importar el tiempo de pena del delito imputado.

³³⁹ *Ibíd.*, párr. 51.

³⁴⁰ *Ibíd.*, párr. 54.

³⁴¹ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 3.

³⁴² Oscar Dávila, ed. “Derecho: Las leyes inconstitucionales”, 221.

³⁴³ Eduardo Ferrera Mac-Gregor et al., coord., *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional 2* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021), 515.

-La *decisión* señaló que es inconstitucional la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años. Ni”³⁴⁴ del artículo 536 inciso 1 del COIP.

La Corte Constitucional se encontró en imposibilidad de extender su decisión. Como se indicó, el Pleno no resolvió sobre la prohibición de sustitución en reincidencia, y tampoco se cuestionó la norma de caución que establece el mismo límite que la declarada inconstitucional en la sentencia bajo estudio. La votación para esta fue muy dividida (5 votos a favor y 4 en contra).³⁴⁵ Esta decisión, desde una visión pragmática, no solo es jurídica; tiene un trasfondo de política criminal. Por tanto, para ser tomada, no solamente debieron considerarse elementos jurídicos y lógicos; también debía ser analizada toda la estadística carcelaria y judicial que involucre la sustitución de la prisión preventiva. El derecho no puede estar desconectado de la realidad y mucho menos ignorar los efectos de las decisiones a nivel cuantitativo. Causa curiosidad los argumentos que tenían los 4 jueces que votaron contra la presente sentencia.

4. Aspectos relevantes consignados en el voto concurrente

Un voto concurrente es “es aquel que expresa un acuerdo con el sentido de la resolución pero difiere del razonamiento expresado por la mayoría en algún aspecto no central”.³⁴⁶ Aporta a la motivación, que es fundamental en la actividad del juez.³⁴⁷ Expone las razones lógicas en que se funda la sentencia y su voto. La LOGJCC señala que, los

jueces de la Corte Constitucional podrán elaborar votos concurrentes [...], para lo cual deberán entregar en la Secretaría General el escrito correspondiente dentro del término de diez días a partir de la adopción de la decisión. [...] La publicación de las sentencias debe contener los votos salvados y concurrentes de las juezas o jueces de la Corte³⁴⁸

Los jueces tienen competencia para expresar su razón individual. Según el reglamento, “Los votos concurrentes son aquellos que muestran su acuerdo con la parte resolutive del proyecto de sentencia o dictamen presentado por la jueza o juez

³⁴⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536, inciso 1; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, 13.

³⁴⁵ *Ibíd.*, 14.

³⁴⁶ Beatriz Leycegui y Rafael Fernández de Castro, *Socios naturales?: cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte* (México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000), 599.

³⁴⁷ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 4, núm. 9.

³⁴⁸ *Ibíd.*, art. 92-3

sustanciadora[*sic*], pero expresan discrepancia o exponen argumentos adicionales respecto a la fundamentación jurídica”.³⁴⁹ Criterio que coincide con el expresado por la doctrina. El voto concurrente es un acto humano de libertad de expresión, más que un acto jurídico, porque no genera efectos. “En el ordenamiento jurídico ecuatoriano los votos salvados y concurrentes no generan efecto jurídico vinculante”.³⁵⁰ No obstante, sirven de fundamento a futuro para razonamientos similares o contrarios.

El voto concurrente fue emitido por el juez Ávila. Su voto tuvo una sola subdivisión: antecedentes. Por motivos didácticos se lo dividirá en *antecedentes*, *consideraciones*, *arraigo* y *anhelo*.

-El juez recapituló los *antecedentes* de manera sucinta, expresó su acuerdo con la decisión y la ponencia de la jueza Andrade, y procedió a agregar su propio razonamiento. Indicó que concuerda con la consultante y que, de la prisión preventiva debe poder revisarse su *necesidad*. Felicitó a la jueza consultante por su labor *garantista*.³⁵¹

- Entre las *consideraciones* del voto concurrente, el juez señaló un hecho muy importante que solo se aprecia en la razón de aprobación del Pleno: la división de pensamiento en la Corte Constitucional sobre el sentido y función de las normas penales. El juez indicó que, a su criterio, la división en la votación (5 a favor, 4 en contra), responde a que los jueces siguen dos visiones o corrientes de pensamiento sobre el derecho penal:

1. Visión sobre *garantismo penal*, “que pregona el uso racional y mínimo del poder punitivo”.³⁵² El juez señaló, según su pensamiento, que cuando no hay límites al poder punitivo del Estado se producen violaciones a los derechos humanos y abuso (por parte de la Función Ejecutiva) del derecho penal sin condena.³⁵³ El garantismo penal goza de amplia aceptación. Se origina del Derecho Penal clásico que buscaba limitar el poder punitivo del Estado. Ferrajoli ideó axiomas que resumen el garantismo y los límites al poder punitivo: 1.- No hay pena sin crimen. 2.- No hay crimen sin ley. 3.- No hay ley penal sin necesidad. 4.- No hay necesidad sin lesión. 5.- No hay lesión sin acto. 6.- No hay acto sin culpa. 7.- No hay culpa sin juicio. 8.- No hay juicio sin acusación. 9.- No hay

³⁴⁹ Ecuador, *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*, Registro oficial 613, Suplemento, 22 de octubre de 2015, art. 38.

³⁵⁰ Claudia Storini, Christian Rolando Masapanta Gallegos y Marcelo Alejandro Guerra Coronel, “Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje”, *Foro: Revista De Derecho*, n.º:38 (2022): 17, <https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>.

³⁵¹ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 5.

³⁵² *Ibíd.*, párr. 7.

³⁵³ *Ibíd.*

acusación sin prueba. 10.- No hay prueba sin defensa.³⁵⁴ Se resumen en una cadena de silogismos hipotéticos:³⁵⁵ el derecho a la defensa, el debido proceso, la legalidad, entre otros. Los axiomas pertinentes al presente tema sobre sustitución de la prisión preventiva son: 3.- No hay ley penal sin necesidad. 1.- No hay pena sin crimen. No puede haber prisión sin que se necesite. Deja de haber necesidad de prisión preventiva si una persona demuestra fuerte arraigo. La prisión no debe ser regla para el presunto inocente.

2. Visión sobre *funcionalismo penal*, busca flexibilización de garantías penales, endurecimiento de las penas y restricción de libertad.³⁵⁶ Según esta visión el derecho penal es un instrumento. El funcionalismo penal “plantea la relación funcional entre la sociedad y la dogmática jurídico penal [...] de cara a salvaguardar el sistema social y estatal mediante la estabilidad de la norma penal, en procura de garantizar las mínimas expectativas del ciudadano en el adecuado funcionamiento de la vida social”.³⁵⁷ Se toma al derecho penal de manera más utilitarista.

El juez expuso que la Constitución es garantista y que esta visión es el resultado de repúblicas democráticas que han superado varios siglos de sistema inquisitivo. Señala que, como juez prefiere que el procesado *esté prófugo*, antes que vaya a morir en un amotinamiento en las cárceles.³⁵⁸ Se considera desacertado este razonamiento. Si el procesado terminara siendo inocente, no importaría que esté prófugo. Pero si fuera culpable, al juez se olvidó de los derechos de las presuntas víctimas y la obligación estatal de protección a todas las personas.³⁵⁹ En el hipotético caso de, por ejemplo, un sicario del que se demuestre riesgo procesal, estar fuera significaría peligro de muerte para los ciudadanos. Además estar en prisión no necesariamente implica que morirá en un motín. Es una falacia corriente de generalización apresurada.³⁶⁰ También es una falsa analogía³⁶¹

³⁵⁴ Francisco Dondé, *Elementos básicos para una teoría del crimen internacional* (Ciudad de México: INACIPE, 2002), s.n., https://www.google.com.ec/books/edition/Elementos_b%C3%A1sicos_para_una_teor%C3%ADa_del/LwOqEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22garantismo+penal+es%22&pg=PT60&printsec=frontcover.

³⁵⁵ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho*, 128.

³⁵⁶ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 6.

³⁵⁷ Javier Villa Stein, “El funcionalismo en el Derecho Penal peruano: Apreciaciones, teorías y práctica”, *Revista Oficial del Poder Judicial* 3, n.º 5 (2009): 23.

³⁵⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 13-15.

³⁵⁹ Tara Melish, “‘Enfoque de integración’: Integrando los DESC a los derechos protegidos por la convención”, en *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Tara Melish, (Quito: CDES, 2003), 281.

³⁶⁰ Luis García, *Elementos de Lógica para el Derecho*, 169.

³⁶¹ *Ibíd.*, 171.

al establecer que enviar a alguien a prisión preventiva equivale a enviarlo a muerte.³⁶² Sin duda si la ciudadanía, no versada en Derecho, leyera este pequeño razonamiento del voto “Sin dudar preferiría saber que es prófuga”,³⁶³ el juez no sería muy popular.

- Solamente el voto concurrente mencionó el *arraigo*. Se entiende que en la sentencia no lo consideraron por ser distinto al tema consultado.

19. La prisión preventiva no debe depender de [...] si se demuestra arraigo. [...] 20. Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo.³⁶⁴

La prisión preventiva debe de partir de una necesidad lógica. Si depende de requisitos formales como el arraigo, se vuelve demasiado positivista, rígida y en muchos casos, desapegada a la realidad. Es una práctica procesal *generalizada* porque la mayoría de jueces la emplean para motivar sus decisiones sobre prisión preventiva y *perversa* porque el juez tiene conciencia de que al dictar esta medida sin que el fiscal haya demostrado riesgo procesal, esta lesionando el derecho al debido proceso del procesado, el principio de legalidad y la presunción de inocencia. *No está contemplado en la ley*, no hay ley orgánica que restrinja el derecho a la libertad de procesados que no tengan arraigo, tampoco está en el COIP, procede de la práctica procesal europea. Se invierte la carga probatoria, y el imputado debe probar su domicilio y trabajo estable para tener derecho a defenderse en libertad. Hace una presunción *juris tantum*³⁶⁵ sobre el peligro de fuga que torna obligatoria la prisión preventiva a quien no demuestre arraigo. Es decir que, si una persona por casualidad tiene trabajo informal, está desempleado, o no tiene domicilio por su escasez de recursos económicos, pues, le toca ir a prisión preventiva por una práctica judicial contraria a la legalidad. No se sabe a quién se le ocurrió esto y empezó con la práctica.

Hizo hincapié en que es una práctica discriminatoria, porque las personas pobres no tiene domicilio ni trabajo formal: entonces van directo a prisión sin condena.

³⁶² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 15.

³⁶³ *Ibíd.*, 15.

³⁶⁴ *Ibíd.*, 19-20.

³⁶⁵ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 304.

Fundamentando la afirmación del juez constitucional, según cifras del INEC, el año 2021 (año de la sentencia), de la población económicamente activa el 48,5% tiene trabajo informal.³⁶⁶ Esto significa que casi la mitad de los procesados no pueden demostrar arraigo laboral, simplemente porque las condiciones socioeconómicas del país lo impiden. El hecho de no poder demostrar arraigo laboral, más que deberse al peligro de fuga, se debe a una variable macroeconómica del país. De ahí la importancia que sea el fiscal quien demuestre el riesgo procesal mediante indicios concretos y no simple afirmaciones como decir que *no existen arraigos*. Entonces, no es justo, porque precisamente el desempleo tiene relación con la pobreza, entonces la prisión preventiva se vuelve discriminatoria hacia personas con escasos recursos económicos, que son más propensos a recibir esta gravosa medida.

Hay una consideración muy importante que, muchas veces se desatiende en el análisis de la prisión preventiva. ¿Genera ésta, desigualdad en la contienda jurídica entre fiscalía y procesado? El juez constitucional manifestó que “la prisión preventiva genera una desigualdad de armas, [...] no es legítima y debería evitarse su uso. [...] La defensa procesal de una persona no es igual si está privada de libertad [...] o si está en libertad”.³⁶⁷ Un procesado libre puede hacer todas las gestiones, averiguaciones y reunirse con su abogado las veces que desee. Mientras que, en prisión estará limitado y dependerá de la gestión de terceros, de su defensor privado; o si carece de recursos económicos, dependerá de la gestión y carga laboral de su defensor público.

Señaló también el juez constitucional que la Corte habría hecho bien en analizar el resto de disposiciones similares, que pueden tener duda de su constitucionalidad.³⁶⁸ Como la prisión preventiva ante incumplimiento de medida sustitutiva, donde juez verificaría si existen causas de caso fortuito o fuerza mayor para evaluar el incumplimiento. En segundo lugar sobre la prohibición de prisión preventiva en casos de reincidencia. Disposición no vigente al tiempo de la consulta, no referente al caso concreto y que al tiempo de emisión de la sentencia de la CC, apenas llevaba 2 días de vigencia. Esto involucraría un debate sobre la discriminación por el pasado judicial. Se olvidó de una tercera disposición: la no procedencia de la caución en delitos sancionados

³⁶⁶ Ecuador Ministerio de Trabajo *Boletín Estadístico Anual: El mercado laboral Enel Ecuador No. 2-2021*, (Quito: Ministerio de Trabajo, 2021), 5, https://www.trabajo.gob.ec/wp-content/uploads/2022/04/BoletinAnual_Final.pdf?x42051.

³⁶⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 25-6.

³⁶⁸ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 31.

con pena superior a 5 años. Disposición en que hay la misma razón jurídica que en la norma declara inconstitucional por la sentencia estudiada; y que ya fue prohibida por la Corte IDH en el caso *López Álvarez vs Honduras*.³⁶⁹ Ciertamente habría sido muy valioso y eficiente, resolver los tres aspectos de manera adicional a la consulta, en la sentencia emitida. Pero no fue el caso. El juez señaló que correspondía o procedía de acuerdo al principio de *conexidad*.

El juez realiza un aporte importante: aterriza nuevamente a las premisas penales (llenas de retórica) para repensarlas.

El encierro dentro del proceso penal significa tratar como culpable a una persona. En encierro, dentro de una cultura penal vengativa y punitivista, es una pena anticipada. Quien diga que el encierro durante proceso es una mera medida cautelar, que vaya a la cárcel, viva un día y me diga la diferencia entre medida cautelar o condena. La privación de libertad es un padecimiento se la llama como se la llame. La retórica jurídica no altera la realidad deplorable de un encierro.³⁷⁰

El voto concurrente expone una reflexión sobre que el encierro, es tratar como culpable a una persona, a un presunto inocente. A quien la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos³⁷¹ le garantizan que sea tratado como inocente mientras no se demuestre su culpabilidad en sentencia condenatoria ejecutoriada, en un proceso con las garantías de la defensa y del debido proceso. El que la medida cautelar no es anticipación de la pena es una ficción jurídica que, solo la creen los operadores de justicia. A nivel individual implica un suplicio y su duración es como la de una pena. Además atenta contra el derecho al honor y al buen nombre (por ejemplo en el caso de un inocente que este encerrado por hasta 1 año por un crimen que no cometió); aunque el procesado salga en libertad, sea sobreseído o sea ratificada su inocencia, socialmente va a tener el estigma de un expresidiario. El juez señaló que la realidad de ese encierro se está por encima de la retórica jurídica. La defensa en libertad debe ser la regla y la aplicación de los principios garantistas deben guiar el ejercicio de las funciones de los jueces de garantías penales en Ecuador.³⁷² Para el trato al procesado debe imperar la

³⁶⁹ Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. 01 de febrero de 2006, párr. 22; Honduras, *Código de Procedimientos Penales*, art. 433.

³⁷⁰ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 35.

³⁷¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, núm. 2; ONU Asamblea General, *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, art. 14, núm. 2; OEA, *Convención Americana Sobre los Derechos Humanos*, art. 8, núm. 2.

³⁷² Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 36.

presunción de inocencia; y la prisión preventiva regirse por la proporcionalidad, excepcionalidad, necesidad y más principios constitucionales.

Finalmente el juez escribió un *anhelo*, una declaración de motivos que, se considera, nada tiene que ver con una sentencia. Señaló que

si existiría certeza de que las personas podrían defenderse, durante el proceso, en libertad, seguramente no tendríamos tantas fugas y la calidad de la defensa penal mejoraría sustancialmente. Ahora sabemos que, como la prisión preventiva es la regla, la gente prefiere huir. Es tiempo de probar lo contrario y contribuir a que existan menos presos en las cárceles y ojalá menos violencia.³⁷³

La exposición es un anhelo, impropio para un texto jurídico de carácter constitucional. No se refiere a los elementos del contenido de una sentencia según la LOGJCC.³⁷⁴ No se refiere a los antecedentes, ni a consideraciones. No se refiere a hechos probados relevantes para la resolución, ni fundamentos de derecho, puesto que no señala normas jurídicas específicas. Tampoco es una parte resolutive. Esta parte es innecesaria, propia más para un tratado jurídico que para una sentencia.

5. Apreciación crítica de los argumentos centrales del fallo y voto concurrente

En la *sentencia* la Corte Constitucional señaló a la prisión preventiva como una medida para salvaguardar la tutela judicial efectiva y evitar que el riesgo procesal se materialice en la ausencia del procesado. La prisión preventiva es la aplicación práctica de la fuerza del Derecho para retener encarcelado a un procesado, hasta que su situación jurídica se resuelva. Se entiende que el juez ha realizado el análisis previo que la ley le exige y deberá decidir si la tutela judicial efectiva es un motivo suficiente para restringir la libertad del procesado sin condena. Los elementos que debe evaluar el juez para hacer esta ponderación son: elementos de convicción de materialidad, responsabilidad e indicios de peligro procesal que el fiscal presente. La CC señaló que la medida debe ser idónea, necesaria, proporcional y excepcional. Por tanto, al ser aplicable solo a delitos de acción pública con pena superior a un año, corresponde al Estado, mediante Fiscalía, demostrar que es necesaria, que es proporcional y que las otras medidas son insuficientes para caso concreto (excepcionalidad). El juez de garantías penales debe revisar lo presentado y decidir sobre ella.

³⁷³ *Ibíd.*, párr. 36-7.

³⁷⁴ Ecuador, *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*, art. 117.

La norma declarada inconstitucional limitaba el ejercicio del derecho a la libertad de los imputados por delitos con penas superiores a 5 años. Haciéndola irrevisable, ningún juez o jueza podía sustituirla, aunque las condiciones de idoneidad, necesidad, excepcionalidad y proporcionalidad cambien. Al haberse eliminado esta limitación del ordenamiento jurídico, los procesados pueden defenderse en libertad, en especial quienes no presenten peligro de fuga. La decisión contribuirá a la preparación de una mejor defensa técnica de los procesados y a mayor igualdad ante la ley de las partes. Como elemento positivo, se considera que la sentencia emite una decisión correcta. Sin embargo, la sentencia adolece de tres lagunas.

La primera, queda una reflexión pendiente que pudo ser evaluada. ¿La defensa en libertad de los imputados con penas superiores a cinco años provocará incontrollables fugas? No existe reflexión explícita sobre ello. Podían haber agregado referencias de derecho comparado; de lugares donde se hayan tomado decisiones similares y los resultados que tal medida haya tenido en la administración de justicia. Esto a pesar de que la Corte Constitucional se limita a reproducir el criterio establecido por la Corte IDH, borrando la prohibición de sustitución de la legislación secundaria. Adecuado habría sido incluso incluir estadísticas, debido a que la Corte Constitucional tomó una decisión *erga omnes* que influye en la administración del país y la política criminal. El Derecho debe ser, a más de ideal, pragmático; porque el Derecho Penal precisamente se encarga de corregir las desviaciones del ideal de comportamiento humano en un Estado, mediante sanciones. A nivel constitucional debería haber fundamentaciones numéricas, con resultados que respalden las decisiones, o que obliguen a motivarlas aún en contra de esos resultados cuantitativos.

La segunda es que no se usó de forma explícita el método interpretativo de ponderación. Era necesario este análisis porque la prisión preventiva contrapone la tutela judicial efectiva, el riesgo procesal, el derecho a la libertad y el principio de presunción de inocencia. También contrapone la corriente garantista a la corriente de funcionalismo del derecho penal. Esto habría dado una guía a los jueces para saber cuándo el conflicto entre derechos vuelve a la prisión preventiva necesaria, idónea y proporcional. Además la gravedad del delito no se debe evaluar *exclusivamente* según el criterio emitido por la Corte IDH en el caso *López Alvarez vs Honduras*.³⁷⁵ Esto no quiere decir que es un criterio que deba ser eliminado, porque no es una tajante prohibición. Lo que la Corte

³⁷⁵ Corte IDH, “Sentencia de 1 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. 01 de febrero de 2006, párr. 22.

IDH manifiesta es que debe evaluarse también otros criterios de manera conjunta. Es decir, que la duración de la posible pena si es un criterio a tomarse en cuenta, pero no de manera exclusiva. Esto no señala la sentencia. Se pudo haber salvado con una atenuación a la disposición inconstitucional, en lugar de su eliminación total.

En el *voto concurrente* se da la tercera. Que la sentencia no revisó aspectos conexos con limitantes jurídicos similares que constan en otras disposiciones del COIP. Correspondía a la CC decidir sobre dispersiones conexas como la prisión preventiva ante incumplimiento de medida sustitutiva, la prohibición de sustitución en reincidencia y la no procedencia de la caución en delitos sancionados con pena superior a 5 años. El juez señaló que correspondía revisar esas disposiciones por el principio de *conexidad*. La conexidad jurídica permite la acumulación de procesos para evitar contradicciones en el sistema jurídico y duplicación de gastos. procede cuando la sentencia a dictarse en un proceso puede producir efectos de cosa juzgada en otro.³⁷⁶ La Constitución establece que:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución

Había el respaldo constitucional para que la CC se pronuncie de oficio sobre otros aspectos controvertidos sobre la prisión preventiva. Mismos que debían ser resueltos en la consulta y que de no hacerlo crearían situaciones contradictorias, duplicación de gastos y de tiempo. Habría sido más oficioso hacerlo. Dentro de los debates internos y ante una decisión tan dividida, seguramente no dieron paso los miembros del Pleno de la Corte Constitucional. En el voto concurrente el juez señaló brevemente el criterio que habría emitido sobre la reincidencia como “la demostración del fracaso del sistema penitenciario y no el fracaso de la persona”.³⁷⁷ Tema ya apartado de los objetivos de esta tesis por lo que no se lo considerará.

La parte más interesante del voto concurrente, para efectos de esta tesis, fue el párrafo 20, donde se trata específicamente sobre el *arraigo*; describiéndolo como una práctica judicial surgida de una *ocurrencia* y que se encuentra generalizada en el país. Se observa en este aspecto una fuerte crítica a la exigencia de arraigos para no dictar prisión

³⁷⁶ María Julia Barrese, *Código procesal administrativo de la provincia de Neuquén: Ley 1305 reformada por Ley 2979. Comentado, actualizado y anotado jurisprudencialmente* (Salta: Eucasa, 2018), 310.

³⁷⁷ Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia: Voto concurrente”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, párr. 33.

preventiva; y como se vuelve discriminatorio, en razón de la condición económica de los procesados, haciendo más propensa a una persona de escasos recursos ir a prisión preventiva. El voto concurrente, al abarcar muchos aspectos distintos a la consulta, se sale de los límites del proceso de manera impropia.

Es interesante la contraposición que presentó el juez, entre corrientes del derecho penal: garantista y funcionalista. Se debe recordar que el Derecho Penal, en su origen y destino, es un instrumento para la administración de la sociedad. También forma parte de los derechos humanos, puesto que el Estado tiene la obligación proteger a los ciudadanos de las violaciones a sus derechos por parte de terceros.³⁷⁸ En cuanto al garantismo es supremamente importante. Da seguridad jurídica a los procesados. Prohíbe al Estado: inventarse normas sobre la marcha para encarcelar a personas, limitar mañosamente su derecho a la defensa y/o tratar como delincuente a alguien que no lo es. Además está respaldado por el deber de respeto³⁷⁹ de los derechos humanos que obliga al Estado a no intervenir en el legítimo goce de los derechos y las libertades; aunque estas no le gusten al gobierno de turno o sean contrarios a su política. El juez tuvo razón en que, en esta decisión se contraponen la visión constitucional (garantista) y la visión del COIP (de funcionalismo del derecho penal).

En este capítulo se examinaron los aspectos relevantes de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador y las consideraciones expuestas en el voto concurrente. Se compararon los criterios expresados en esa norma jurídica con la posición de esta tesis y se obtuvo que es inconstitucional la exigencia de demostrar arraigos para evitar la prisión preventiva, porque esta práctica judicial es ilegal, discriminatoria, generalizada y perversa. Como antecedentes se indicó que en Quito, el 29 de enero de 2020 se realizó la detención de tres ciudadanos a quienes se les dictó prisión preventiva. Los procesados pidieron la sustitución de la medida, pero la jueza señaló que el artículo 536 del COIP, primer inciso, establecía un candado legal que lo imposibilitaba y envió una consulta a la Corte Constitucional para que esta ejerza el *control de concreto de constitucionalidad*. Como argumentos presentó que la prohibición de sustituir la prisión preventiva en caso de delitos con penas superiores a 5 años, se oponía a: la Constitución, el PIDCP, la CADH, la Jurisprudencia de la Corte IDH y las Reglas de Tokio. La Corte

³⁷⁸ Tara Melish, “‘Enfoque de integración’: Integrando los DESC a los derechos protegidos por la convención”, 281.

³⁷⁹ Tara Melish “Estableciendo la responsabilidad del Estado: El deber de respetar, el deber de garantizar y el principio de progresividad”, 175.

Constitucional estableció que la prisión preventiva debe seguir fines constitucionales válidos, además debe ser idónea, necesaria, proporcional, excepcional y no puede estar determinada únicamente por la gravedad del delito. Estos justificativos constitucionales se deben mantener a lo largo de todo el tiempo de vigencia de la medida y deben ser revisados constantemente. Señaló que es inconstitucional la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años. Ni”³⁸⁰ del artículo 536 inciso 1 del COIP. En el voto concurrente se analizó la posibilidad de revisar otras normas por su conexidad y se señaló que el arraigo es una práctica que no consta en la ley, coincidiendo con lo expresado en la presente tesis.

³⁸⁰ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, art. 536, inciso 1; Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia”, en *Caso n.º: 8-20-CN/21*, 13.

Conclusiones

En la presente investigación se obtuvo que la disposición de justificar arraigos como requisito para sustituir la prisión preventiva puede considerarse: 1. Arbitraria.- porque no está establecida en la ley, es una práctica judicial que nació de una ocurrencia y es una práctica generalizada y perversa. 2. Discriminatoria.- porque afecta principalmente a personas de escasos recursos económicos que no tiene trabajo formal, domicilio estable o no pueden generar y presentar documentación referente a educación domicilio, trabajo, responsabilidades familiares, etc. 3. Inconstitucional.- porque va en contra de: el principio de legalidad, el principio de no discriminación, el principio de presunción de inocencia, el debido proceso y el derecho a la libertad, además de otros derechos conexos.

Se analizó jurídicamente la prisión preventiva como una medida cautelar y su finalidad en el modelo de Estado constitucional. Se obtuvo que la prisión preventiva tiene origen documentado en la Roma del siglo VIII a. de C. Desde entonces ha evolucionado y obteniendo sus rasgos fundamentales. La prisión preventiva en América Latina tiene sus raíces además del Derecho Romano, francés y español. En Ecuador se normó la prisión preventiva a nivel constitucional en la Constitución Política de 1998; y en 2008 se le dio carácter excepcional. Esta medida cautelar está regulada por el PIDCP, la Constitución, las sentencias de la Corte Constitucional y el COIP. Que la establece como una medida para asegurar la presencia del imputado al proceso penal y el cumplimiento de la pena. Restringe la libertad del procesado; y puede durar de seis meses para delitos sancionados con penas desde el año hasta los cinco años; y un año los de sanciones de mayor duración. Tiene carácter de excepcional, debe ser dictada cuando otras medida cautelares, no sean suficiente para cumplir su finalidad. Además es susceptible de revisión, siendo posible la revocatoria, sustitución, suspensión. Finalmente hay principios que la regulan como la legalidad, es decir que sea establecida previamente en una ley; la presunción de inocencia a la que afecta directamente; la excepcionalidad que indica que la privación de la libertad no es la regla general; la necesidad y razonabilidad que implican un ejercicio lógico objetivo para imponer esta medida; y la proporcionalidad que le da tiempos de caducidad distintos con relación al delito imputado.

Se realizó un análisis crítico del arraigo frente al riesgo procesal. Se obtuvo que los arraigos no deben ser considerados por el juez como un requisito para la sustitución de la prisión preventiva. El concepto de arraigo puede ser: una orden dictada por un juez de prohibición de salida del país, una medida cautelar con efectos similares a la prisión preventiva o un vínculo de una persona con un lugar. El arraigo puede ser de diferentes tipos: laboral, social, familiar y para la formación. La exigencia ilegal de probar arraigos hacia el procesado, reemplaza la exigencia legal a la fiscalía de probar el riesgo procesal y la insuficiencia de otras medidas cautelares. El principio de legalidad es una limitante normativa que obliga a que exista una ley previa en materia penal para la existencia de un delito, una pena y un proceso. La práctica de exigir arraigos es contraria al principio de legalidad porque no consta en una ley orgánica previa y es una costumbre a la que la ley no se remite. Responde más a criterios prácticos y operativos, que jurídicos. Hay un perjuicio a la libertad personal de los procesados y a la presunción de inocencia. La subjetividad e impredecibilidad no caben en el Derecho, violan el debido proceso, el principio de legalidad, y el derecho a la seguridad jurídica. Resultan posiblemente arbitrarias e ilógicas. Existen criterios doctrinales y legales que, permiten una evaluación objetiva del riesgo procesal. El arraigo debe ser analizado como criterio subsidiario del peligro de fuga. El juez debe considerar el siguiente orden en su actuar: 1.- Principios favorables al procesado. 2.- Indicios de riesgo procesal aportados por Fiscalía. 3.- Contradicción de defensa donde se analizarán los arraigos. 4.- Decidir. La práctica de exigir arraigos al procesado para no dictar prisión preventiva es ilegal por ser contraria al COIP e inconstitucional, por ser contraria a principios y derechos constitucionales como la igualdad y no discriminación.

Se incluyó un caso en que una jueza concede prisión preventiva sin exigir a Fiscalía la demostración del riesgo procesal e ignorando arraigos presentados; mientras que la Corte Provincial de Justicia dejó sin efecto esa resolución al verificar que Fiscalía no demostró sus afirmaciones en su solicitud de la medida y que el procesado presentó arraigos familiares, sociales y laborales. Gracias a este punto se constató la aplicación práctica de la teoría expuesta en esta tesis sobre el arraigo.

Se examinaron los aspectos relevantes de la sentencia 8-20-CN/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador y las consideraciones expuestas en el voto concurrente. Se obtuvo que es inconstitucional el requisito de demostrar arraigos para evitar la prisión preventiva; porque esta práctica judicial es ilegal, discriminatoria, generalizada y perversa. Se obtuvo de antecedentes que en Quito, el 29 de enero de 2020 se realizó la

detención de tres ciudadanos a quienes se les dictó prisión preventiva. Pidieron la sustitución de la medida, pero la jueza señaló que el artículo 536 del COIP, primer inciso, establecía un candado legal que lo imposibilitaba y envió una consulta a la Corte Constitucional para que esta ejerza el *control de concreto de constitucionalidad*. Porque la norma se oponía a: la Constitución, el PIDCP, la CADH, la Jurisprudencia de la Corte IDH y las Reglas de Tokio. La Corte Constitucional señaló que, la justificación constitucional para la prisión preventiva es la tutela judicial efectiva. La medida debe seguir fines constitucionales válidos, además debe ser idónea, necesaria, proporcional, excepcional y no puede estar determinada únicamente por la gravedad del delito. Y que la medida debe ser revisable. Finalmente determinó la inconstitucional la frase “en las infracciones sancionadas con pena privativa de libertad superior a cinco años. Ni” del artículo 536 inciso 1 del COIP. El voto concurrente analizó la posibilidad de revisar otras normas por su conexidad y trató elocuentemente sobre el arraigo, coincidiendo con los criterios expresados en la presente tesis.

Bibliografía

- Almeida Herrero, Cristina. “Extranjeros y extranjeras en las cárceles españolas”. *Corintios* 13, (2005): 189-248. https://www.google.com.ec/books/edition/Mediacion_Reconciliacion/TFaoTm1kNr4C?hl=es.
- Andrade Cárdenas, José Alberto. “La prisión preventiva, una medida excepcional en un Estado constitucional de derechos y justicia”. Tesis de maestría, Universidad de Cuenca, 2020. <https://dspace.ucuenca.edu.ec/bitstream/123456789/35042/1/Trabajo%20de%20Titulaci%C3%B3n.pdf>.
- Antolino Advocats. “Cómo calcular la indemnización por estar en prisión indebidamente”. *Antolino Advocats*. Accedido el 03 de abril de 2023. <https://www.antolinoadvocats.com/noticias/noticias-derecho-penal/como-calcular-la-indemnizacion-por-estar-en-prision-indebidamente>.
- Arboleda, Paulo. “La violencia política en Colombia: Justicia transicional en el marco del proceso de paz entre el gobierno Santos y las FARC-EP”. *Prolegómenos* 16, n.º32 (2013): 49-68. <https://doi.org/10.18359/dere.754>.
- Arciniega, Silvia y Virna Acosta. *Historia y Política del Estado Ecuatoriano*. Ibarra: UTN, 2022. https://issuu.com/utnuniversidad/docs/ebook_historia_y_politica_del_estado_ecuatoriano.
- Argentina Cámara de Apelación en lo Criminal y Correccional. “Sentencia de 1.º Instancia”. En *Juicio s.n.*, 04 de mayo de 1915. https://www.google.com.ec/books/edition/Jurisprudencia_de_los_tribunales_naciona/pCkoAQAAMAAJ?hl=es.
- Arroyo, Lenin, José Albert Márquez, Laura Joza Mejía, Beatriz Muentes Holguín y Carmen Delgado. “Una mirada al principio de legalidad: A partir de la constitucionalización del derecho penal ecuatoriano”. *Ciencias sociales y políticas* 4, n.º 3 (2018): 466-491. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6657250>.

- Austrolegal. “El Arraigo Social en materia penal (Ecuador)”. *Austrolegal*. 28 de abril de 2019. <https://austrolegal.com/articulos-juridicos/arraigo-social-en-materia-penal-ecuador/>.
- Barrese, María Julia. *Código procesal administrativo de la provincia de Neuquén: Ley 1305 reformada por Ley 2979. Comentado, actualizado y anotado jurisprudencialmente*. Salta: Eucasa, 2018.
- Beck, Heinrich. “Concepto y presupuestos gnoseológicos del método inductivo”. Navarra, Universidad de Navarra, 2007. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/1798/1/01.%20Heinrich%20BECK,%20Universidad%20de%20Salzburgo,%20Concepto%20y%20presupuestos%20gnoseol%C3%B3gicos%20del%20metodo%20inductivo.pdf>.
- Belmares Rodríguez, Antonia. “Análisis de la Prisión Preventiva”. Tesis de maestría, Universidad Autónoma de Nuevo León, 2003. <http://eprints.uanl.mx/5243/1/1020148441.PDF>.
- Benavides Benalcázar, Merck. “El Derecho a la Defensa en el Proceso Penal”. *La Hora Revista Judicial*. 22 de octubre de 2013. https://issuu.com/la_hora/docs/revista_judicial_22_de_octubre_2013/2.
- Benfeld Escobar, Johan. “A favor de la carga de la prueba: sobre el carácter jurídico-imperativo de las reglas de onus probandi”. *Estudios de Derecho* 77, n°. 170 (2020): 49-70, doi:10.17533/udea.esde.v77n170a02.
- Bernal, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vincúlase para el Legislador*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014. https://www.google.com.ec/books/edition/El_principio_de_proporcionalidad_y_los_d/ITSjDwAAQBAJ?hl=es.
- Bernal, César. *Metodología de la Investigación: Para administración, economía, humanidades y ciencias sociales*. Naucalpan: Pearson Education, 2006. https://www.google.com.ec/books/edition/Metodolog_a_de_la_investigaci_n/h4X_eFai59oC?hl=es.
- Bolivia Tribunal Constitucional Plurinacional. “Índices Jurisprudenciales. 2027/2013”. *Tribunal Constitucional Plurinacional*. Accedido el 03 de abril de 2023. <https://jurisprudencia.tcpbolivia.bo/Fichas/Ficha/10277>.

- Bry, Georges. “Derecho internacional público puesto al corriente de los progresos de la ciencia y del derecho positivo para los funcionarios diplomáticos y consulares y para los que se dedican al estudio de este derecho”. Michigan: La España Moderna, 1922.
https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_internacional_p%C3%BAblico_puesto_al/tBgwAQAAMAAJ?hl=es.
- Buestán Chávez, Luisa. “La prisión preventiva como medida cautelar excepcional en el sistema procesal ecuatoriano”. Tesis de especialización, Universidad del Azuay, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.
<https://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/6629>.
- Caballo, Pedro. *La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Ministerio de Justicia, 2004.
https://www.google.com.ec/books/edition/La_presunci%C3%B3n_de_inocencia_en_la_jurisp/NuVGjWP9ndkC?hl=es.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta, 2006.
- Campagnoli, José María. *Juicio a la Justicia*. Buenos Aires: Penguin Random House, 2020.
https://www.google.com.ec/books/edition/Juicio_a_la_justicia/FNnhBQAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22riesgo+procesal%22&pg=PT84&printsec=frontcover
- Carbonell, Miguel. “El abuso de la prisión preventiva”. *Miguel Carbonell*, 01 de abril de 2022. <https://miguelcarbonell.me/2022/04/01/el-abuso-de-la-prision-preventiva/>.
- Caracciolo, Ricardo Alberto. “Racionalidad objetiva y racionalidad subjetiva”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4. (1987): 145-52.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=128420>.
- Cárdenas, Carlos y Juan Hernández. “El buen vivir y los derechos constitucionales dentro del Estado constitucional y democrático en América Latina”. *Derecho y Realidad* 16, n.º 32 (2018): 49-57. <https://doi.org/10.19053/16923936.v16.n32.2018.9785>.
- Cárdenas García, Jaime. “Noción, justificación y críticas al principio de proporcionalidad”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 47, n.º 139 (2014): 65-100. <https://www.scielo.org.mx/pdf/bmdc/v47n139/v47n139a3.pdf>.
- Castillo Velasco, Luis Alfonso. “Excepcionalidad de la prisión preventiva en el Ecuador”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2009.

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

Centro de Lenguas de Amnistía Internacional. *Fuera de control: Tortura y malos tratos en México*. S.L: Amnistía Internacional, 2014.

https://www.google.com.ec/books/edition/Fuera_de_control_Tortura_y_malos_tratos/JFRqBAAAQBAJ?hl=es.

Ciliberto, Leonel Javier., Hairabedián, Maximiliano., Abarrategui F., María Inés., Nasso González, Luis Ignacio., Ottati Paz, Juan Manuel., Esperanza, Silvia L., Yuba, Gabriela., Fiorenza, Alejandro Alberto., Navarro, Gastón Andrés., Resqui Pizarro, Jorge C., Sueiro, Carlos

Christian., Smolianski, Ricardo. *Prueba Digital: E-Mails, chats, SMS, WhatsApp, Facebook, filmaciones con teléfonos móviles, capturas de pantalla, contratos electrónicos, IA y otras tecnologías*. Buenos Aires: elDial.com, 2021.
https://www.google.com.ec/books/edition/Prueba_Digital/JdxqEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1.

CIDH. *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*. 21 de febrero de 2022. OEA/Ser.L/V/II.

Corte IDH. “Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Francisco Usón Ramírez contra la República Bolivariana de Venezuela”. *En caso 12.554*. 25 de julio de 2008.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/uson_ramirez/demanda.pdf.

———, “Sentencia de 01 de febrero de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso López Álvarez Vs. Honduras*. 01 de febrero de 2006, párr. 81,
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf.

———. “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. 07 de septiembre de 2004.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_c114_esp.pdf.

———. “Sentencia de 12 de noviembre de 1997 (Fondo)”. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. 12 de noviembre de 1997.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf.

———. “Sentencia de 17 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Barreto Leiva vs. Venezuela*. 17 de noviembre de 2009.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_206_esp1.pdf.

- . “Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile*. 22 de noviembre de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf.
- . “Sentencia de 24 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Acosta Calderón vs. Ecuador*. 24 de junio de 2005. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.
- . “Sentencia de 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguay*. 31 de agosto de 2004. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_111_esp.pdf.
- Dávila, Oscar, ed. “Derecho: Las leyes inconstitucionales”. *Revista de derecho jurisprudencia y ciencias sociales* 13, n.º9 (1818): 211-38, https://www.google.com.ec/books/edition/Revista_de_derecho_jurisprudencia_y_cien/sJYvAAAAIAAJ?hl=es&gbpv=1.
- Dei Vecchi, Diego. “Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes”. *Valdivia* 26, n.º2 (2013): 189-217. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000200008>.
- Di Pierangelo, Catalano. “Sistema y ordenamientos: el ejemplo de América Latina”. *Visioni Latinoamericane*. Accedido el 03 de abril de 2023. <https://www.visionilatinoamericane.com/it/node/106>.
- Dondé, Francisco. *Elementos básicos para una teoría del crimen internacional*. Ciudad de México: INACIPE, 2002. https://www.google.com.ec/books/edition/Elementos_b%C3%A1sicos_para_una_teor%C3%ADa_del/LwOqEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22garantismo+penal+es%22&pg=PT60&printsec=frontcover.
- Ecuador. Corte Constitucional. “Sentencia”. *En Caso n.º: 1626-10-EP*. 09 de abril de 2014. http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J2FsZnJlc2NvJywgZXVpZDonOTE4NTdmZjEtM2RmZi00NjRkLThmNmEtYzk5Zjk4YmY2OGEyLnBkZid9.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. *En Caso n.º: 8-20-CN*. 18 de agosto de 2021. https://www.fielweb.com/App_Themes/InformacionInteres/8-20-CN.pdf.
- . Corte Nacional de Justicia. *Oficio n.º: 0087-2023-P-CNJ*. 18 de enero de 2023. https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/iprevia/011.pdf.

- . Corte Nacional de Justicia. *Resolución n.º 14-2021*. 20 de diciembre de 2021. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones/2021/2021-14-Aclara-el-Art-534-COIP.pdf>.
- . *Código Civil*. Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- . *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009.
- . *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, 10 de febrero de 2014.
- . *Código Penal*. Registro Oficial 147, Suplemento, 22 de enero de 1971.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 1, 11 de agosto de 1998.
- . Corte Constitucional. “Acta de Sorteo”. En *Caso n.º: 8-20-CN*. 16 de marzo de 2020.
- . Corte Constitucional. “Informe de la consulta”. En *Caso n.º: 8-20-CN*. 16 de marzo de 2020.
- . Corte Constitucional. “Sentencia”. En *Caso n.º: 0535-12-CN*. 06 de febrero de 2013.
- . Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial, Tránsito, Corrupción y Crimen Organizado. “Sentencia de Apelación”. En *Juicio n.º: 09133-2022-00030*. 22 de junio de 2022. <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/bitacora/Sentencia-de-apelacion-09133-2022-00030.pdf>.
- . *Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Registro Oficial 52, Suplemento, 22 de octubre de 2009.
- . *Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico Integral Penal en Materia Anticorrupción*. Registro Oficial 392, Segundo Suplemento, 17 de febrero de 2021.
- . *Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional*. Registro oficial 613, Suplemento, 22 de octubre de 2015.
- . Sala de Admisión de la Corte Constitucional. “Auto de Sala de Admisión”. En *Caso n.º: 8-20-CN*. 04 de junio de 2020.

- . Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Cotopaxi. “Resolución (Resolución)”. En *Juicio n.º: 05283201802966*. 12 de diciembre de 2018.
- . Sala Especializada De Lo Penal, Penal Militar, Penal Policial Y Tránsito De La Corte Provincial De Justicia De Pichincha. “Rechazar recurso de apelación (Resolución)”. En *Juicio n.º: 17282202000210*. 25 de noviembre de 2020.
- . Unidad Judicial de Garantías Penales con Competencia en Infracciones Flagrantes del Distrito Metropolitano de Quito. “Acta Resumen”. En *Juicio n.º: 02386-2019*. 06 de agosto de 2019.
- . Unidad Judicial Penal con Competencia en Infracciones Flagrantes, con sede en la parroquia Mariscal del Distrito Metropolitano de Quito. “Acta Resumen”. En *Juicio n.º: 17282202000210*. 30 de enero de 2020.
- . Unidad Judicial Penal con Sede en el Cantón Latacunga. “Convocatoria audiencia de procedimiento directo (Decreto)”. En *Juicio n.º: 05283201802966*. 29 de septiembre de 2018.
- . Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, “Sobreseimiento (Auto Resolutivo)”. En *Juicio n.º: 17282202000210*. 21 de septiembre de 2020.
- . Unidad Judicial Penal de la parroquia Ñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, “Acta Resumen”. En *Juicio n.º: 17282202000210*. 09 de marzo de 2020.
- El Universo. “Preguntas de la Consulta y del Referéndum con sus anexos”. *El Universo*. 16 de febrero de 2011. <https://www.eluniverso.com/2011/02/16/1/1355/preguntas-consulta-referendum-sus-anexos.html/>.
- España. *Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009*. BOE núm. 103. 30 de abril de 2011. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2011/04/20/557/con>.
- Espinoza, Manuel. “Principios fundamentales del Derecho penal contemporáneo”. *Derecho y Cambio Social*. Accedido el 03 de abril de 2023. <https://www.derechoycambiosocial.com/RJC/Revista9/penal.htm>.
- Fernández Cruz, José Ángel. “Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales”. *Nuevo Foro Penal* 11. N.º 85

- (2015): 52-78, <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/3639/2917>.
- Fernández, Alberto, Mauro Benente y Federico Thea. Comp. *La justicia acusada*. Buenos Aires: Penguin Random House, 2020. https://www.google.com.ec/books/edition/La_Justicia_acusada/wDD4DwAAQB-AJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22riesgo+procesal+es%22&pg=PT63&printsec=frontcover.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2004. <https://clea.edu.mx/biblioteca/files/original/5694a779b4871166c0edb73b407c9529.pdf>
- Ferrera Mac-Gregor, Eduardo, Faniola Martínez, Giovanni Figueroa, Rogelio Flores, coord. *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional 2*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2021.
- García Bacca, Juan David. *Nueve grandes filósofos contemporáneos y sus temas: Bergson, Husserl, Unamuno, Heidegger, Scheler, Hartmann, W. James, Ortega y Gasset, Whitehead*. Barcelona: Anthropos, 1990.
- García, Luis. *Elementos de Lógica para el Derecho* Bogotá: Temis, 2011.
- González, Daniel. “Presunción de inocencia, verdad y objetividad”. *La Argumentación en Materia de Hecho*. Accedido el 03 de abril de 2023. <https://core.ac.uk/download/pdf/32323198.pdf>.
- Granados, Jaime. “El principio de la excepcionalidad de la prisión preventiva y su aplicación práctica en Colombia”. *CIDH* Accedido el 03 de abril de 2023. <https://www.oas.org/es/cidh/ppl/actividades/pdf/JaimeGranados.pdf>.
- Gutiérrez, Alfredo. “El arraigo penal: Su interpretación conforme una tercera vía a la disyuntiva enfrentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* 3. (2019): 235-75. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2019-03/12_GUTI%C3%89RREZ_REVISTA%20CEC_03.pdf.
- Guzmán, Edison y Juan Cardona. “La importancia de la costumbre en el Derecho colombiano contemporáneo”. *Universidad CES*. Accedido el 09 de mayo de 2023. <https://repository.ces.edu.co/bitstream/handle/10946/2837/Constumbre%20Mercantil.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- Honduras. Código de Procedimientos Penales. *Decreto Número 189-84*. 27 de febrero de 1985. <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/hn/hn007es.pdf>.

- Hormazábal, Hernán. “Sistema penal democrático y prisión preventiva”. En Marino Barbero, coord. *Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales*. Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha, 1997. https://www.google.com.ec/books/edition/Prisi%C3%B3n_provisional_detenci%C3%B3n_preventi/QxX8LSWFcycC?hl=es.
- Hurtado, Iván y Josefina Toro. *Paradigmas y métodos de investigación de en tiempos de cambio*. Caracas: El Nacional, 2007. https://www.google.com.ec/books/edition/Paradigmas_Y_Metodos_de_Investigacion_en/pTHLXXMa90sC?hl=es.
- Islas Montes, Roberto. “Sobre el principio de legalidad”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 15, (2009): 97-108.
- Krauth, Stefan. “La prisión preventiva en el Ecuador”. *Serie Justicia y Defensa* 8 (2018): 1-120. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/2248/1/17.%20Prisio%CC%81n%20Preventiva%20en%20el%20Ecuador.pdf>.
- La Rosa, Mariano. “Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”. *Defensoría Pública del Ecuador*. Accedido 09 de mayo de 2023. <https://biblioteca.defensoria.gob.ec/bitstream/37000/1322/1/EST%C3%81NDA RES%20PRISI%C3%93N%20PREVENTIVA.pdf>.
- Leycegui, Beatriz y Rafael Fernández de Castro. *Socios naturales?: cinco años del Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. México D.F.: Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2000.
- Llobet Rodríguez, Javier. “La prisión preventiva y la presunción de inocencia según los órganos de protección de los derechos humanos del Sistema Interamericano”. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.* 24 (2009): 114-48. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=293222968006>.
- Manterola, Nicolas. “¿De qué hablamos cuando hablamos de garantismo? Una mirada desde el debido proceso”. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. 29 de diciembre de 2017. <http://www.saij.gob.ar/nicolas-ignacio-manterola-que-hablamos-cuando-hablamos-garantismo-una-mirada-desde-debido-proceso-dacf180043-2017-12-29/123456789-0abc-defg3400-81fcanirtcod?&o=90&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia%5B5%2C1%5D%7CTema/Derecho%20penal%5B3%2C1%5D%7COrganismo%5B>

5%2C1%5D%7CAutor%5B5%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecc i%F3n%20tem%Eltica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Doctri na&t=1534.

Marquardt, Bernd. “Historia del derecho penal en los virreinos americanos de la Monarquía de las Españas e Indias (1519-1825)”. *Pensamiento Jurídico* 49 (2019): 13-79, <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/83592/pdf>.

Martínez, José y Francisco Zúñiga. “El principio de razonabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”. *Estudios constitucionales* 9, n.º1 (2011): 199-216. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002011000100007>.

Mascarell, María. “La Carga de la prueba y la presunción de Inocencia”. En Joan Picó. *La evolución del Derecho Procesal a la luz de la Justicia*. s.l.: J.M. Bosch, 2021. https://www.google.com.ec/books/edition/La_evoluci%C3%B3n_del_Derecho_Procesal_a_la/okduEAAAQBAJ?hl=es.

Melish, Tara. “‘Enfoque de integración’: Integrando los DESC a los derechos protegidos por la convención”. En *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Tara Melish, 261-375. Quito: CDES, 2003.

Melish, Tara. “‘Enfoque según el artículo 26’: Invocando los DESC que se derivan de la Carta de la OEA”. En *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Tara Melish, 378-93. Quito: CDES, 2003.

———. Tara. “Estableciendo la responsabilidad del Estado: El deber de respetar, el deber de garantizar y el principio de progresividad”. En *La Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Manual para la Presentación de Casos*, Tara Melish, 170-211. Quito: CDES, 2003.

Merchán, Pedro y Armando Durán. “Análisis crítico jurídico de la prisión preventiva: Fundamento y funciones”. *Revista Espacios* 43, n.º10 (2022): 1-11, DOI: 10.48082/espacios-a22v43n10p01.

México Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Comentarios a la reforma constitucional en materia penal: 2008*. s.l.: Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008.

- https://www.google.com.ec/books/edition/Comentarios_a_la_reforma_constitucional/XaRDAQAIAAJ?hl=es.
- Michelena, Carlos. “Del Parque a su Casa Vol 5 - (Carlos Michelena) Teatro De La Calle”. Video de YouTube. 2020.
<https://www.youtube.com/watch?v=jKEYypqMiRo>.
- Midón, Marcelo. *Derecho probatorio: Parte general*. s.l.: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2007.
https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_probatorio/eqJe5HAVQbUC?hl=es&gbpv=1&dq=%22sana+cr%C3%ADtica+es%22&pg=PA164&printsec=frontcover.
- Miranda, Manuel. “Medidas de Coerción”. En *Derecho Penal Procesal*, ed. Claudio Medrano, José Taveras, Rafael De Jesús y Sarah Veras. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura ENJ, 2006.
https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_Procesal_Penal/XK-1YAQq5PAC?hl=es.
- Mitjás Martínez, Albertina. “Subjetividad, complejidad y educación”. *Psicología para América Latina* 13. (2008): s.n.,
http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-350X2008000200007.
- Monroy Gálvez, Juan. “El juez nacional y la medida cautelar”. *Derecho & Sociedad* 2, (1990): 42-8.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/14196>.
- Montealegre, Eduardo y José Caro. *El sistema penal normativista*. Bogotá: Universidad Externado, 2008.
https://www.google.com.ec/books/edition/El_sistema_penal_normativista/ii6jDwAAQBAJ?hl=es&gbpv=1&dq=%22quantum+de+la+pena+es%22&pg=PT224&printsec=frontcover.
- Neyra, Antonio. *Manual del nuevo proceso penal & litigación oral*. Lima: Idemsa, 2010.
- Nieto Navia, Rafael. “La aplicación del principio Jura Novit Curia por los órganos del sistema interamericano de derechos humanos”. *Estudios de Derecho Internacional*, s.n. (2014): 618-39, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33025.pdf>.
- OEA. *Convención Americana Sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José)*. 22 de noviembre de 1969. (B-32).

- ONU Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos. *Observación General 18: No discriminación*. 10 de noviembre de 1989. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1404.pdf>.
- ONU Asamblea General. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. 10 de diciembre de 1948. 217 A (III).
- . *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. 16 de diciembre del 1966. Resolución 2200 A (XXI).
- . *Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio)*. 14 de diciembre de 1990. Resolución 45/110.
- ONU Comité de Derechos Humanos. *Observación general N° 35: Artículo 9 (Libertad y seguridad personales)*. 16 de diciembre de 2014. CCPR/C/GC/35.
- Orunesu, Claudina y Jorge Rodríguez. “Inconstitucionalidad, derogación y escepticismo interpretativo”. *Análisis y Derecho* (2017): 237-25. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7759415>.
- Organización Mundial de la Salud. “Salud y derechos humanos”. *Organización Mundial de la Salud*. 10 de diciembre de 2022. <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/human-rights-and-health>.
- Ortega Jaramillo, Rubén. *Introducción al Derecho* Loja: UTPL, 2010.
- Ovalle Bazán, Marcelo Ignacio. “La dignidad humana como límite al ius puniendi. La jurisprudencia del tribunal constitucional de Chile*”. *Díkaion* 28, n.º: 1 (2019): 35-68. <http://www.scielo.org.co/pdf/dika/v28n1/0120-8942-dika-28-01-35.pdf>.
- Palacio, Lino. *Los Recursos en el Proceso Penal*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- Pacheco-Reyes, Ronald. “La jurisprudencia sobre la responsabilidad estatal por la prisión provisional en España y en Colombia: ¿hacia extremos problemáticos?”. *Derecho del Estado* 51 (2021): 313-58. <https://doi.org/10.18601/01229893.n51.10>.
- Peña Freire, Antonio Manuel. “La constitución del Estado de derecho”. *AFD* 36 (2020): 87-110. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=AN U-F-2020-10008700110.
- Pereira, Gustavo. *Medios, capacidades y justicia distributiva: La igualdad de recursos de Ronald Dworkin como teoría de medios y capacidades*. México D.F.: UNAM, 2004. https://www.google.com.ec/books/edition/Medios_capacidades_y_justicia_distributiva/0HUOZuQAISEC?hl=es.

- Pérez López, Jorge. “El peligro procesal como presupuesto de la medida coercitiva personal de prisión preventiva”. *Derecho y Cambio Social* 11. N.º 36 (2014): 1-37, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5472565>.
- Pérez Luño, Antonio. *Los Derechos Fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1986.
- Ribas, Eduardo. “Interpretación Extensiva y Analogía en el Derecho Penal”. *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, n.º 12 (2014): 111-64. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:revistaDerechoPenalyCriminologia-2014-12-5010/Interpretacion_extensiva_analogia.pdf.
- Rodríguez y Rodríguez, Jesús. “La detención preventiva y los derechos humanos en el derecho comparado”. México, D.F.: UNAM, 1981. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/9675/capitulo-i.pdf?sequence=5&isAllowed=y>
- Rommel Gustavo Haro Sarabia, “La prisión preventiva: Breve estudio en Argentina y Ecuador. Tratamiento en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Revista Científica Multidisciplinaria de la Universidad Metropolitana de Ecuador* 4, n.º 2 (2021): 158-68, <https://remca.umet.edu.ec/index.php/REMCA/article/view/389/409>.
- Sánchez Ribas, Javier y Francisco Franco Pantoja. *Guía para orientación legal en inmigración*. Valladolid: Lex Nova, 2005. https://www.google.com.ec/books/edition/Gu%C3%ADa_para_orientaci%C3%B3n_legal_en_inmigra/Po-YQGKLMcoC?hl=es.
- Sánchez, Fabio. “Fundamentos epistémicos de la investigación cualitativa y cuantitativa: consensos y disensos”. *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria* 13, n.º1 (2019): 102-22. <http://dx.doi.org/10.19083/ridu.2019.644>.
- Sánchez, Luis. “El sistema de Hard-Law y Soft-Law en relación con la defensa de los derechos fundamentales, la igualdad y la no discriminación”. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 39 (2019): 467-88. <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/download/14293/pdf>.
- Serrano Abraham, María Eugenia. “Prisión preventiva y el principio de proporcionalidad”. Tesis de maestría, Universidad Técnica de Ambato, 2019. <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/bitstream/123456789/29983/1/FJCS-POSG-163.pdf>.
- Severo, Rogério Passos. “O princípio de não-contradição é revisável?”. *Barbarói*, n.º 26 (2007): 21-44. <https://doi.org/10.17058/barbaroi.v0i26.33>.

- Silva, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal: Un análisis comparado*. México D.F.: Oxford Press, 2016.
https://www.google.com.ec/books/edition/Derecho_Procesal_Penal_Un_an%C3%A1lisis_Comp/Ey4EEAAAQBAJ?hl=es&gbpv=1.
- Storini, Claudia, Christian Rolando Masapanta Gallegos y Marcelo Alejandro Guerra Coronel. “Control de constitucionalidad en Ecuador: muchas alforjas para tan corto viaje”. *Foro: Revista De Derecho*, n.º:38 (2022): 7-27.
<https://doi.org/10.32719/26312484.2022.38.1>.
- Tena, Antonio y Rodolfo Rivas-Torres. *Manual de investigación documental: Elaboración de tesinas*. México D.F.: Plaza y Valdés S.A. de C.V., 2007.
https://www.google.com.ec/books/edition/Manual_de_investigaci%C3%B3n_documental/jl8UIVp1xJIC?hl=es.
- Torres, Ángel y José Macas. *Derecho Procesal Penal II: Guía Didáctica*. Loja: UTPL, 2014.
- Uprimny, Rodrigo. “Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal”. *De Justicia*. Accedido el 03 de abril de 2023.
https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_47.pdf.
- Uriza, Rubén. “Principios del Derecho Penal”. *ITAM*. Accedido el 03 de abril de 2023.
https://faviofarinella.weebly.com/uploads/8/7/8/2/878244/5-4_principios_del_derecho_penal.pdf.
- Valentin, Gabriel. “La prueba y la sentencia: algunas reflexiones sobre la regla de la carga de la prueba”. *Revista de Derecho* 9, n.º 10 (2014): 249-277.
<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/743/733>.
- Villa Stein, Javier. “El funcionalismo en el Derecho Penal peruano: Apreciaciones, teorías y práctica”. *Revista Oficial del Poder Judicial* 3, n.º 5 (2009): 23-42.
- Villagómez Cabezas, Richard Ítalo. “El rol del fiscal en el procedimiento penal abreviado”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008.
<https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/484/1/T605-MDP-Villagomez%20del%20fiscal%20en%20el%20procedimiento%20penal%20abreviado.pdf>.

Yáñez Henríquez, Raúl. “La Objetividad y el Conocimiento de la Realidad”. *Universidad de la Rioja*. Accedido el 09 de mayo de 2023. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3257863.pdf>.

Zarzar, Carlos. *Crítica y propuesta*. Cd. De México: Grupo Editorial Patria, 2020. https://www.google.com.ec/books/edition/Cr%C3%ADtica_y_Propuesta/z5otEAAAQBAJ?hl=es.