

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

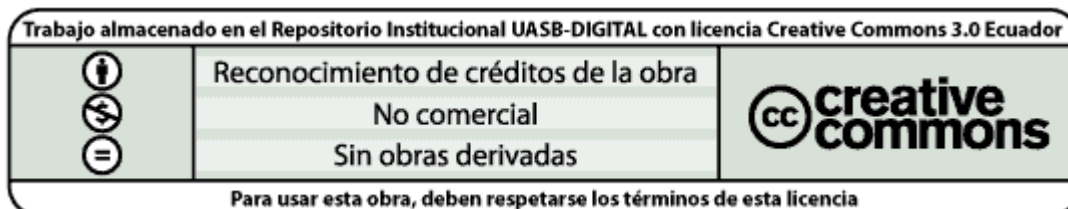
Área de Derecho

Programa de Maestría
En Derecho Penal

LA DISCRIMINACIÓN EN LAS AUDIENCIAS DE FLAGANCIA

María Alejandra Sigcha Orrico

2013



Yo, MARIA ALEJANDRA SIGCHA ORRICO, autora de la tesis intitulada “LA DISCRIMINACIÓN EN LAS AUDIENCIAS DE FLAGANCIA- ESTUDIO DE CASOS” mediante el presente documento de 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 Derecho 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/a 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.

Fecha. Quito, 01 de febrero de 2013

Firma:

Universidad Andina Simón Bolívar
Sede Ecuador

Área de Derecho

**Programa de Maestría
En Derecho Penal**

**LA DISCRIMINACIÓN EN LAS AUDIENCIAS
DE FLAGANCIA**

María Alejandra Sigcha Orrico

**Profesor Tutor
Dr. Ramiro Ávila Santamaría**

Quito- Ecuador

2013

RESUMEN

“El pueblo no demanda la igualdad retórica ante la ley, sino la igualdad real ante la vida”¹

El presente trabajo académico analiza la discriminación en las audiencias de flagrancia, respecto a la falta de motivación del juzgador en la resolución en que se adopta medidas cautelares. Se ha estructurado de la siguiente manera: en el primer capítulo se recoge el derecho a la igualdad en términos generales y la problemática de la discriminación y violación a este principio desde un punto de vista estructural, así como la afectación a grupos vulnerables en el Ecuador, convirtiéndose en víctimas de racismo.

El segundo capítulo recoge que se entiende por la flagrancia así como su procedimiento específico, pero claramente interesa referirse como esta discriminación en términos generales repercute en el juzgador para decidir sobre la procedencia de una medida cautelar, por cuanto se ha evidenciado una falta de motivación para sustentar su decisión. Se coteja en este punto desde las estadísticas la discrecionalidad de la prisión preventiva y la incidencia relevante en ciertos grupos específicos.

En el tercer capítulo, se pretende establecer un mecanismo para evitar la vulneración del principio de igualdad en la falta de motivación del juzgador en la decisión de la medida cautelar, a través de la herramienta metodológica, conocida como test de integrado como juicio de proporcionalidad, que si bien ha sido aplicada a nivel constitucional extendiendo su campo al área penal, por cuanto desde el escrutinio estricto se ha analizado normas o posturas discriminatorias a grupos vulnerables.

Existe un examen de los aportes doctrinarios y jurisprudenciales, de conformidad con la bibliografía utilizada, que han confluído en el Derecho Penal así como el bloque de constitucionalidad para revisar las garantías de los sujetos procesales, específicamente la que se refiere a la igualdad, a fin de manifestar entre algunos aspectos la discriminación en las audiencias de flagrancia.

¹Manuel José Cepeda, “Introducción a la Constitución del 91. Hacia un Nuevo Constitucionalismo”, en Revista Presidencia de la República, Bogotá, 1993, p. 22

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, por ser quienes me dieron la vida y proporcionarme todos los valores morales y éticos, que son los ejes de mi vida.

A Marcelo por ser mi compañero y mi alma gemela, por tener su amor, respeto, comprensión a cada momento.

A mis hermanos, al forzarme a ser su ejemplo de superación a cada momento.

A mis abuelitas, que con su ejemplo me enseñaron a ser una mujer valiente.

A mi familia y amigos, quienes con su amor y cariño han llenado mi vida de alegría.

A la Universidad Andina Simón Bolívar, que forjó mi formación académica y profesional.

A mi director de tesis, por ser quien desde su sabiduría y experiencia facilitó el desarrollo de mi trabajo de investigación.

INDICE GENERAL

Pág.

Introducción

Capítulo I

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO

- | | |
|---|----|
| 1. Análisis histórico y doctrinario del principio de igualdad | 2 |
| 2. Definición del principio de igualdad | 4 |
| 3. Marco normativo internacional de protección a la igualdad | 7 |
| 4. Prohibición de discriminación y realidad ecuatoriana | 10 |
| 5. Procesos de criminalización a grupos discriminados | 15 |

Capítulo II

LA FLAGRANCIA Y SU RELACIÓN CON LA DISCRIMINACIÓN

- | | |
|---|----|
| 1. Definición de la flagrancia | 20 |
| 2. Procedimiento de flagrancia en la legislación ecuatoriana y su perspectiva | 21 |
| 3. Las medidas cautelares y el establecimiento de la generalidad de la prisión preventiva | 24 |
| 4. Condiciones socioeconómicas de los detenidos por delitos flagrantes | 30 |
| 5. Selectividad y discriminación en las audiencias de flagrancia | 33 |

CAPÍTULO III

TEST DE IGUALDAD COMO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS DE FLAGRANCIA

- | | |
|---|----|
| 1. El principio de igualdad dentro del sistema de justicia y trato discriminatorio por parte de los operadores de justicia. | 40 |
| 2. El Juicio de Igualdad o Test de razonabilidad | 45 |

2.1.Juicio de proporcionalidad- razonabilidad (influencia europea)	47
2.2.Juicio de igualdad con tres tipos de escrutinio (influencia estadounidense)	48
2.3.Juicio integrado de igualdad	51
2.4.El test integrado de igualdad como juicio de proporcionalidad	51
3. Aplicación del test de igualdad como juicio de proporcionalidad a casos concretos	59
3.1. Propuesta de aplicación del test de igualdad como juicio de proporcionalidad	62
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
BIBLIOGRAFIA	
ANEXOS	

LA DISCRIMINACIÓN EN LAS AUDIENCIAS DE FLAGANCIA

ESTUDIO DE CASOS

CAPÍTULO I.- EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

CONSTITUCIONALMENTE RECONOCIDO

El Principio de igualdad y no discriminación se encuentra subsumido en el ordenamiento ecuatoriano, así como reconocido en instrumentos internacionales. El Art. 11 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador establece que todas las personas son iguales y por lo tanto gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades; considerando lo señalado, nadie podrá ser discriminado por razones de etnia, lugar de nacimiento, edad, sexo, identidad de género, identidad cultural, estado civil, idioma, religión, ideología, filiación política, pasado judicial, condición socio-económica, condición migratoria, orientación sexual, estado de salud, portar VIH, discapacidad, diferencia física; ni por cualquier otra distinción, personal o colectiva, temporal o permanente, que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos. Además se señala también que se reconoce y garantizará a las personas el derecho a la igualdad formal, igualdad material y no discriminación²

La igualdad encierra dos concepciones, tanto como prohibición de un trato arbitrario y como prohibición de discriminación, siempre identificado en el marco nacional e internacional de los derechos humanos, considerando que este último tiene un desarrollo extenso.

² La Constitución actual establece en el artículo 66 una división entre la igualdad formal y material. Es importante hacer una pequeña acotación para distinguir estas dos concepciones, por lo cual recogeré lo señalado en la Constitución Española que define a la igualdad sustancial como a la perteneciente a los poderes públicos, quienes tienen el deber de promover las condiciones para que la libertad e igualdad individual o de grupos en que se integra sean reales y efectivos, así como remover obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y faciliten la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social. Respecto a la igualdad formal se estipula que todos son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

La cuestión en el presente capítulo parte del análisis del principio de igualdad desde su definición, aplicación a través de los test de razonabilidad o igualdad, conjuntamente con el reconocimiento normativo, para tener en cuenta los obstáculos y problemas en la práctica principales, específicamente dentro de las audiencias de flagrancias, y así evidenciar prácticas discriminatorias. Dentro del desarrollo mismo utilizaré de aportes doctrinarios proporcionados por diversos autores a raíz del desarrollo de este tema en sus países, así como cuadros explicativos que constan en los anexos y estadísticas del racismo en Ecuador a manera de parámetro de estudio que contextualiza el tema analizado.

1. Análisis histórico y doctrinario del principio de igualdad

A lo largo de la historia este principio se ha caracterizado por ser sumamente amplio, donde cada sociedad le ha dado un contenido atendiendo las necesidades que a esa época se tenía socialmente, asimismo han influenciado las corrientes ideológicas, doctrinarias, políticas para precisar el alcance de lo que se entendiera por igualdad.

En la época Antigua, se destacan dos filósofos Platón y Aristóteles, que definieron a la igualdad como dar a cada uno lo suyo o lo que le corresponde, equiparando este concepto con el de justicia; pero claro que ese trato va a la calidad de los sujetos dentro de la sociedad, es decir que existe armonía cuando cada uno ocupa el lugar que le corresponde y la función asignada dentro de un sistema jerárquico. Cada quien recibirá lo que tiene que recibir de acuerdo a su rol; el mandatario, quien combate, el sirviente, o el esclavo vivirá en una sociedad igualitaria siempre y cuando no se confunda la naturaleza de cada ser humano. Siendo además que para Aristóteles el tratamiento igual de los desiguales engendra inequidad,

ratificando con esta expresión: “Igualdad para lo iguales, desigualdad para los desiguales” la tendencia de la época³.

Esto demuestra claramente que en la antigüedad no existía tal principio de igualdad como tal, su concepción se justifica en la diferenciación de clases por cuanto el sistema económico y social tenía como sustento a la esclavitud, descartando completamente la igualdad entre todos los seres humanos.

En un segundo momento, el Cristianismo descarta totalmente lo señalado en la antigüedad, buscará su fundamento en que no existen distinciones entre todos los seres humanos por cuanto tienen una naturaleza común y divina.

Para el estado liberal, que nace de la ilustración, la libertad e igualdad son nociones que se complementan, entonces todos los hombres son iguales porque siendo libres ninguno de ellos está obligado a obedecer a otro; pero surge la legalidad, es decir dentro del Estado todos los hombres otorgan el poder a un hombre o asamblea para que el gobierne, hay un otorgamiento voluntario de dicha libertad al pertenecer a la sociedad⁴.

A partir de la Segunda Guerra Mundial a nivel internacional se consolidó una serie de instrumentos internacionales relacionados a la protección del ser humano y como tal el respeto irrestricto a los principios fundamentales; a través de los años con el establecimiento del principio de igualdad dentro de los ordenamientos jurídicos ha ido comprometiendo cada vez más su efectividad, exigiendo que se de una igualdad sustancial y no únicamente una igualdad formal.

³ Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Barcelona, Ediciones Paidós S.A., Quinta reimpresión, 1992, p. 102, citado en Paola Lizano Van der Laet, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Español”, en *Revista Justicia, Libertad y derechos humanos: Ensayos en Homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p.355

⁴ *Ibíd.* p. 367

Actualmente, dentro del principio de igualdad el juez tiene una actuación activa en la interpretación de los principios, resolviendo los casos a partir de la Constitución y no de ley, pronunciándose sobre los hechos y emitiendo criterios a través de las sentencias sobre el contenido de la ley, ratificando la supremacía y materialización constitucional al incorporar derechos fundamentales en el sistema jurídico de una materia funcional.

El autor Suay Rincón señala que atendiendo el nuevo contenido ético del principio de igualdad dentro de una sociedad plural llevará sin duda que las legislaciones de cada estado contemplen leyes singulares para cada grupo distinto, minoritario o marginado, estipulando los criterios de diferenciación permitidos y los que se encuentren prohibidos⁵.

Como parte de la evolución doctrinaria constante del Derecho se exige que se amplíe su estudio, se profundice en sus obstáculos, y que de acuerdo a Hesse en la actualidad la igualdad es la finalidad que el derecho debe perseguir, no el supuesto del que ha de partir⁶.

2. Definición del principio de igualdad

Es necesario comprender en primera instancia la definición del principio de igualdad, su indeterminación, la realidad en su aplicación y sus limitaciones, y así determinar si existe o no discriminación en las audiencias de flagrancia.

El autor Miguel Carbonell en la obra “El Principio constitucional de Igualdad”⁷, recuerda tres niveles de análisis dentro de la igualdad de acuerdo a lo señalado por Paolo Comanducci:

⁵ José Suay Rincón, Principio de igualdad en la justicia constitucional, Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1985, pág. 28 citado en Paola Lizano Van der Laat, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Español”, en Revista Justicia, Libertad y derechos humanos: Ensayos en Homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante, p.371

⁶ Hesse K. Der Gleichheitsgrundsatz in Staatsrecht, en Archiv des öffentlichen Recht, vol. 77, 1951, p. 177-179, citado Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, No.31, enero-abril 1991, p. 21

⁷ Paolo Comanducci, “Uguaglianza: una proposta neo-illuminista”, en Miguel Carbonell, comp. El principio constitucional de igualdad, México DF, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, pp.10-12

- a) El primer nivel es el lógico-lingüístico, donde se pretende atribuir un significado al vocablo igualdad, realizando la interrogante: “¿igualdad en qué sentido?”.
- b) El segundo nivel es el filosófico-político, se plantea “¿por qué igualdad?” y “¿qué igualdad?”. Se pretende encontrar la justificación de la igualdad como valor a proteger, y de elegir entre los distintos tipos de igualdad⁸.
- c) El tercer nivel es el jurídico, trata de contestar la pregunta “¿cómo lograr la igualdad?”, es decir buscar las condiciones para aplicarlo.

Rubio Llorente concibe al principio de igualdad como una construcción doctrinal, una idea que sin duda subyace a toda la estructura constitucional y, a través de ella, a todo el ordenamiento, pero que, como es propio de los principios, no se plasma en un solo enunciado positivo, sino en un numeroso conjunto de ellos cuya existencia es la única base posible y la única justificación admisible de esa construcción⁹.

Por lo cual en su concepción debería analizarse las dos nociones que encierran esta construcción; la primera, como un principio¹⁰; y, la segunda como noción de igualdad¹¹.

Como principio nace del derecho subjetivo que ha sido criticado por los positivistas, cuyas reprobaciones se han centrado en que carece de coherencia y unidad dentro de un ordenamiento jurídico y una estructuración lógica del positivismo, no se lo ha establecido

⁸ Para el autor existe dos tipos de igualdad “igualdad económica” y “igualdad política”. La primera se la puede concebir tomando en cuenta los recursos con que cuentan los individuos (riqueza o de ingreso) y el bienestar de las personas, determinada por la cantidad de recursos de que dispone el individuo para la realización de sus fines. La igualdad política tiene relación con el concepto mismo de democracia, en la que todos los ciudadanos son considerados iguales en la participación (todas las personas que pertenecen a una comunidad).

⁹ Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, en Revista española de Derecho Constitucional, Madrid, Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, No.31, enero-abril 1991, p. 9-10

¹⁰ Atendiendo esta primera noción, la Constitución Española en su artículo catorce establece que no son únicamente destinatarios la Administración y el Poder Judicial sino Legislativo. Véase Francisco Rubio Llorente y otros, Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial), Barcelona, Editorial Ariel, 2006, p. 109

¹¹ Francisco Rubio Llorente, La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional, p. 12

como un principio general de Derecho, por cuanto se lo margina únicamente como una fuente del Derecho y no se lo concibe con la amplitud que para el ordenamiento significa tener el carácter de informador¹².

Así mismo dentro estado de la corriente del constitucionalismo contemporáneo es un principio constitucional y por ende una norma explícita que encierra además un derecho fundamental.

Bajo esta línea afirma Alexy que la distinción entre reglas y principios constituye además, el marco de una teoría normativo- material de los derechos fundamentales y, con ello, un punto de partida para responder a la pregunta acerca de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de los derechos fundamentales”.¹³

Bajo noción de igualdad, Rubio Llorente formula que no debe entenderse como un concepto relacional, no únicamente una calidad de la persona, de un objeto o situación, sino una relación que se da al menos entre dos personas, objetos o situaciones¹⁴.

Es importante anotar que el autor indicado en el párrafo anterior, precisa al principio de igualdad como principio normativo, que arranca siempre de la no identidad, o lo que es lo mismo, de la existencia de diferencias reales entre los hombres; no siendo por lo tanto una consecuencia derivada de un previo juicio de igualdad, sino que, excluye la posibilidad de tal juicio al afirmar a priori la existencia de una igualdad que el Derecho ha de respetar por principio¹⁵.

¹² Paula Lizano Van der Laa, Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Español, p. 369.

¹³ Robert Alexy, La teoría de los derechos fundamentales, en Colección el Derecho y la Justicia No. 34, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 82 citado en Paola Lizano Van der Laa, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Español”, p. 375

¹⁴ Francisco Rubio Llorente, La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional, p.686, citado en Paula Lizano Van der Laa, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Español”, p. 382

¹⁵ Francisco Rubio Llorente, “La igualdad en la jurisprudencia del tribunal constitucional”, p.14-15

3. Marco normativo internacional de protección a la igualdad

Considero importante señalar que, en el estado contemporáneo se consolidan las organizaciones internacionales en defensa y protección de los derechos humanos¹⁶; y que en lo que respecta al principio de igualdad se proyectará a hacer exigible de manera efectiva o hacer prevalecer la igualdad sustancial sobre la igualdad formal¹⁷.

En nuestro país, la prohibición de la discriminación además de estar establecida en la Constitución está consagrada expresamente en varios convenios y pactos internacionales con jerarquía constitucional, que han recogido desde la abolición de la esclavitud hasta la implantación de acciones afirmativas concretas:

- a. Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre: Art. 2.-Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.
- b. Declaración Universal de Derechos Humano: Art. 2.-Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.
- c. Convención Americana sobre Derechos Humanos: Art. 24.- Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

¹⁶ Es importante referirse a la Declaración Universal de Derechos Humanos que en sus artículos 1 y 2 dispone que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos; así como tiene todos los derechos y libertades proclamados en dicho cuerpo normativo internacional sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Por lo cual no pueden ser discriminados bajo ninguna condición porque tienen igual protección de la ley.

¹⁷ Para la autora Lizano Van de Laet la igualdad material es un principio abierto, que no tiene supuesto de hecho y una consecuencia jurídica definida, por lo cual este se encuentra en manos de la judicatura y los principios, directrices, igualdad formal son principio de la política. Véase Paola Lizano Van der Laet, op. cit., p. 374

Cabe referirse que en el Ar. 1 de la Convención estipula que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

- d. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: Art. 26.- Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
- e. Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW: Art. 2.- A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.
- f. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial: Art. 1.- En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado

anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública. 2. Esta Convención no se aplicará a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado parte en la presente Convención entre ciudadanos y no ciudadanos. 3. Ninguna de las cláusulas de la presente Convención podrá interpretarse en un sentido que afecte en modo alguno las disposiciones legales de los Estados partes sobre nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que tales disposiciones no establezcan discriminación contra ninguna nacionalidad en particular. 4. Las medidas especiales adoptadas con el fin exclusivo de asegurar el adecuado progreso de ciertos grupos raciales o étnicos o de ciertas personas que requieran la protección que pueda ser necesaria con objeto de garantizarles, en condiciones de igualdad, el disfrute o ejercicio de los derechos humanos y de las libertades fundamentales no se considerarán como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron.

4. Prohibición de discriminación y realidad ecuatoriana

Si bien la Convención Internacional en Contra de todas formas de Discriminación Racial, aprobada por las Naciones Unidas en 1965 y ratificada por el Estado Ecuatoriano, determina que la Discriminación Racial, en el marco del derecho internacional, se concebirá como toda distinción, exclusión, restricción, o preferencia basada en motivo de raza, color, linaje, origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento,

goce, o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económicas, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.

El derecho a la igualdad se ve vulnerado con una conducta discriminatoria, esto no significa que un tratamiento diferenciado se traduzca en una violación, por lo cual hay que tener sumamente claro que aquí se refiere a la discriminación y desigualdad estructural.

Se recoge los datos proporcionados por el INEC y el Plan de Desarrollo del Ecuador elaborado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo en la ciudad de Quito en el mes de Agosto 2007 para analizar la concepción del racismo y discriminación en el Ecuador dentro de los parámetros generales, tales como muestra de la población, autoidentificación racial, víctimas de la discriminación en el país, para llegar a estudiar su incidencia respecto a las actuaciones judiciales.

En el año 2004, el Instituto Ecuatoriano de Estadísticas y Censos realizó entrevistas a un total de 37.519 personas en 22 provincias del Ecuador, divididos de acuerdo al sexo de los encuestados en 18.581 hombres (49.6%) y 18.928 mujeres (50.4%); de los datos obtenidos respecto a las personas entrevistadas, sobre la autoidentificación racial y composición étnica denota dicha tendencia a nivel nacional, cuyos datos son 2.288 (6,6%) blancos, 1.325 (3.9%) negros, 2.806 (8,3 %) indígenas, 27.239 (81%) mestizos¹⁸. Esto prueba la composición racial diversa del país plasmada en el artículo uno de la Constitución de la República del Ecuador, al indicar al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico.

¹⁸ Véase Anexo 1

Los ecuatorianos son racistas en un 65%¹⁹ atendiendo a las manifestaciones directas observadas, criterio que difiere con la apreciación que la sociedad se realiza así misma a través de los grupos raciales, con un valor de 10%.; más se constata que, existe un conocimiento un tanto dividido sobre qué es lo que se entiende por racismo, donde un 48% si lo deduce y un 52% no sabe su concepción²⁰.

No es algo nuevo que el sector más rico de la sociedad tenga un conocimiento del 83% sobre la concepción de racismo ya que apenas un 17% lo desconoce, tomando en cuenta que el sector más pobre se desentiende de qué es el racismo en un 73%; asimismo el área urbana difiere notablemente de la rural, con un discernimiento positivo de 65% en la primera y en la última del 25%, siendo posiblemente la causa de esta diferencia entre sectores de la población la marginalidad, analfabetismo y pobreza en sectores rurales.

La segunda parte del estudio estadístico indicado en el párrafo anterior, se refleja que hay homogeneidad entre los grupos blancos (56%), afroecuatorianos (53%) y mestizos (54%) en lo que se refiere a entender el racismo como concepto, mientras que un grupo que realmente que se ha mantenido segregado en la ignorancia es el pueblo indígena con sólo el 22% de conocimiento.

Se precisa en concordancia con lo antes anotado, que el pueblo indígena, dentro de los derechos colectivos que la Constitución reconoce en el numeral 2 del artículo 57, gozan de la garantía de no ser objeto de racismo ni de ninguna forma de discriminación fundada en su origen, identidad étnica y cultural, cuya situación se manifiesta como paradójica con un 78% de inconsciencia del concepto de racismo.

¹⁹ Véase el Plan de desarrollo del Ecuador, p. 3

²⁰ Véase Anexo 2

De la misma encuesta realizada se evidencia que entre la población ecuatoriana encuestada se concibe como una sociedad no racista con un 84%²¹, pero sólo el 10% se considera abiertamente racista; de la misma forma, llama la atención que tanto ricos (12%) y pobres (10%) se reconozcan como racistas, cuya tendencia se mantiene respecto a la ubicación geográfica urbano (10%) y rural (10%). Atendiendo la concepción de ser racistas entre los ecuatorianos según etnias o grupos raciales, aunque en un bajo porcentaje, los blancos son racistas en un 14%, los indígenas con 11%, mestizos 10% y afroecuatorianos 5%.²².

Pero si bien los ecuatorianos nos consideramos como una sociedad no racista, difiere notablemente de los actos y hechos de quienes se consideran discriminados constantemente, y que de acuerdo a la condición socio racial, se confirma que los afroecuatorianos son las mayores víctimas del racismo (88%), seguidos por nacionalidades y pueblos indígenas (71%), mientras que los mestizos (22%) y blancos (12%) son los grupos menos vulnerables a ser víctimas de racismo y discriminación, cuyos responsables de dichas conductas son mayormente los blancos (65%), además de que justamente estos grupos discriminados son, a su vez, los más pobres del Ecuador según necesidades básicas insatisfechas, tasa de analfabetismo más alta del país y obtienen menos ingresos que blancos y mestizos²³.

Es conocido a nivel mundial y específicamente en el derecho internacional que los afrodescendientes han sido durante siglos víctimas del racismo, discriminación racial, esclavitud y de la denegación histórica de muchos de sus derechos, y que en el Ecuador han

²¹ La Conferencia de Durban sobre el cambio climático reconoce que el racismo y la discriminación están estrechamente ligados a la pobreza, el subdesarrollo, la marginación, la exclusión social y las desigualdades económicas, las cuales, al mismo tiempo contribuyen a la persistencia de actitudes y prácticas racistas, que a su vez generan más pobreza, cuyo caso se encuentra relacionado con la población indígena a este sector que menos recursos económicos posee, así como acceso a los servicios públicos básicos.

En el párrafo 19 de la declaración de Durban, las Naciones Unidas reconocen las consecuencias económicas, sociales y culturales negativas del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, las cuales “han contribuido en forma significativa al subdesarrollo de los países en desarrollo”.

²² Véase Anexo 3

²³ Véase Anexo 4

tenido que hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas. En cuanto al cometimiento de una conducta delictuosa, pesa sobre ellos el antecedente de ser “negro” y por tanto “delincuente” para ser procesados ante la justicia²⁴.

En Ecuador la estadística demuestra que históricamente la pobreza es más acentuada en afrodescendientes y en nacionalidades o pueblos indígenas, sobre todo que estos pueblos, desde tiempos coloniales, han sido sometidos a sistemas de explotación, obediencia y de negación de sus derechos fundamentales. Se estima que el principal factor estimulante de la pobreza en estos pueblos y nacionalidades descansa en el racismo estructural²⁵.

Las víctimas de racismo y la discriminación racial son por lo general aquellas personas que conjugan una diferencia racial, un signo fenotípico o estereotipo, con un patrimonio cultural diferenciado; raza con etnicidad²⁶; y que por los datos analizados en el caso del Ecuador perciben los afrodescendientes y nacionalidades o pueblos indígenas en un 64% a los blancos como los responsables del racismo.

²⁴ En el Plan de Desarrollo del Ecuador elaborado por la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo (2008) en la ciudad de Quito se establece que los grupos raciales afroecuatoriano e indígena son víctimas reales de racismo, que tienen que vivir con dicha realidad cotidianamente, juicio contrario a la política gubernamental del estado ecuatoriano que propugna como un país pluricultural. Atendiendo la sociabilidad por el color de piel en relación a la situación económica mientras que los blancos reciben un mejor trato en un 83% los negros reciben en un 1%. Véase Anexo 5.

²⁵ Roberto Saba en el ensayo Desigualdad Estructural se refiere que la igualdad ante la ley persigue es el objetivo de evitar la constitución y establecimiento de grupos sometidos, excluidos o sojuzgados por otros grupos, para lo cual cita a Fiss respecto a la contradicción que existe entre el principio de igualdad y la cristalización de “castas” o grupos considerados “parias”, justamente como consecuencia de una práctica sistemática de exclusión social, económica y, sobre todo, política. Según esta perspectiva, evitar la cristalización de un grupo excluido, sometido o sojuzgado es lo que parece subyacer como fundamento del principio de igualdad ante la ley. Véase Roberto Saba, “Desigualdad Estructural” en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco comp., Igualdad y no discriminación, Quito, Editores Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010 p. 80.

²⁶ Norberto Bobbio señala algunas clases de prejuicios, que considero importantes anotarlos, como por ejemplo el prejuicio de carácter general es el que tienen más defectos que méritos e invaden nuestro territorio; el prejuicio de tipo sociocultural refiere a los diferentes en mentalidad, en comportamiento, en la vida social, en las tradiciones; prejuicio socioeconómico se enmarca a catalogar a los holgazanes, que viven a costa de las personas, amenazan nuestros intereses; prejuicio de carácter personal a todos aquellos maleducados, deshonestos, sucios, portadores de enfermedades contagiosas, violentos con las mujeres, etc.; y, el prejuicio étnico el cual es uno de los más peligrosos y difícil de extirpar. Véase Norberto Bobbio, “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes” en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco comp., Igualdad y no discriminación, Quito, Editores Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, p. 197

El panorama que se refleja en las estadísticas señaladas, es parte de una de las críticas que realiza Luigi Ferrajoli en su teoría del garantismo penal, cuando se refiere a que los derechos fundamentales deben ser en igual medida, tanto en condiciones de la identidad de cada uno como persona y como ciudadano²⁷, siendo notorio que quienes se perciben como víctimas del racismo y segregación en procesos judiciales y legales son grupos étnicos y raciales minoritarios.

Para el autor citado, el área de la tolerancia se ha ampliado progresivamente a su vez de que se multiplicaron los derechos de libertad, ya que entre la igualdad jurídica y estos derechos existe una relación estrecha, la misma que con el principio constitucional de igualdad considera como no válido todos los actos de discriminación entre los destinatarios de los preceptos penales por razón de raza, sexo u otras condiciones de status; o el de aquellas normas penales sobre eximentes, causas de justificación, etc. que permiten en todos los ordenamientos evolucionados justificar, no sólo moralmente sino también jurídicamente, los delitos cometidos en determinadas circunstancias como el estado de necesidad, la legítima defensa, el ejercicio de un derecho, etc.²⁸.

Los blancos son los que mejor trato reciben en el país (80%) mientras que indígenas (10%), mestizos (6%) y afroecuatorianos (1%) son los más marginados en cuanto ser tratados, que se explica claramente con el supuesto social de que el color de la piel influye en el trato que se

²⁷ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo penal*, Madrid, 2ª edición, Ed. Trotta, 1997, p. 908.

²⁸ *Ibíd.*, pp. 461-462.

recibe, lastimosamente, concordando con la situación económica de los entrevistados tanto ricos (83%) como pobres (73%) ratifican dicha tendencia²⁹.

5. Procesos de criminalización a grupos discriminados

En el origen de la sociedad se constata que existan ciertos grupos que han sido sistemáticamente excluidos del goce y ejercicio de sus derechos³⁰; y que de acuerdo a lo señalado por Owen Fiss no son cualquier grupo de individuos, son un grupo social que tiene una identidad propia y se distingue por esa identidad, por encontrarse en una situación de subordinación prolongada porque su poder político es limitado.³¹

Para el autor Fiss este grupo no está sometido a meros tratos arbitrarios, no se trata de errores inintencionales cometidos por ejemplo por un funcionario público en un caso concreto, o una extralimitación de sus funciones sino que se trata de un diseño del sistema social que se coloca a estos grupos en una condición de desventaja³².

El deber de los Estados de equiparar la situación de los individuos que no se encuentran en la misma posición y otorgarles un mismo trato ocasionaría que se ahonde las desigualdades, por lo que la implementación de la igualdad material mejorará la posición de estos grupos sistemáticamente marginados, a través de acciones afirmativas, que parten de revisar las normas que pueden tener un factor discriminatorio. Además una de estas acciones, y que se desarrollará en el siguiente capítulo consistiría en que el juzgador motive sus resoluciones o fallos para evitar este tipo de arbitrariedades y que no se preste a una mal interpretación que

²⁹ Véase Anexo 6

³⁰ Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, op. cit., p. 132

³¹ Owen Fiss, Grupo y la cláusula de igual protección, pp. 138-139, citado por Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, op. cit., p. 132

³² *Ibíd.*, p. 133

por su condición racional o económica es sujeto de tal o cual medida cautelar, específicamente a la prisión preventiva en las audiencias por delitos flagrantes.

El autor Roberto Saba se refiere a las categorías sospechosas dentro de estos grupos establecidos metódicamente por la sociedad como los desventajados, por ejemplo afrodescendientes, mujeres, indígenas, etc.³³, siendo precisamente quienes sufren de un trato discriminatorio.

De acuerdo al mismo autor el establecimiento de estas categorías y la expresa prohibición de la discriminación parten de lo que se entendería el funcionamiento en una sociedad de los “sospechosos”, y que los ordenamientos supuestamente neutrales en algunos casos al aplicar leyes igualitarias ocasiona que los efectos produzcan situaciones de desventaja, como por ejemplo la universalización de la educación en todos los niveles, pero esto no quiere decir que un estudiante de un colegio fiscal de la ciudad a un cantón de la selva amazónica tengan iguales conocimientos y accesos a medios modernos de aprendizaje.

El establecimiento del perfil del “enemigo” de la sociedad bajo la adecuación de los criterios sospechosos, acarrea que se involucre a todos aquellos que incurren en ciertos delitos y que afectan la seguridad ciudadana, y que tiene un fin muy específico neutralizarlos, sacándolos de circulación de las calles mediante el encarcelamiento inmediato³⁴.

Según la jurisprudencia internacional la categoría de sospechosos son el límite al actuar de los estados respecto a las políticas públicas que adopten para proteger el principio de la igualdad plasmado en el ordenamiento jurídico.

³³ Roberto Saba, Igualdad, clases y clasificaciones: Qué es lo sospechoso de las categorías sospechosas?, citado por Roberto Gargarella, “Teoría y Crítica del Derecho Constitucional”, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pp. 734-735. <http://derechocambiosocial.pbworks.com/f/Saba.pdf>

³⁴ Alejandro Geoffroy Lasalle, “Las reparaciones a víctimas de violaciones flagrantes a los derechos humanos” en Celia Weingarten, Daños: medio ambiente - salud - familia - derechos humanos, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 255

La igualdad desde una concepción de no sometimiento, señalaría que las categorías sospechosas son únicamente a las que se toman en cuenta como una condición que se asocia con la caracterización de un grupo sistemáticamente excluido o dominado por otro u otros grupos dentro de una estructura social. Por lo que no toda categoría puede ser calificada como sospechosa y puede superar el test de “funcionalidad”, sino que sólo serán aquellas que se correspondan con un grupo subyugado, como por ejemplo tener baja estatura o ser de contextura gruesa difícilmente responde a una categoría sospechosa, pero sí lo son cuestiones de raza, orientación sexual, religión, creencias políticas, entre otras.³⁵

El autor Christian Curtis se refiere a que la simple violación del principio de igualdad se distingue de la discriminación, porque esta última es agravada y no es un mero menoscabo de un derecho, sino que su esencia radica en la existencia de prejuicios o preconceptos contra un grupo específico, que ocasiona la exclusión del goce o ejercicio de derechos en la sociedad³⁶.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del caso penal Miguel Castro Castro Vs. Perú respecto al principio de igualdad y no discriminación precisa que no sufre lesión el bien jurídico cuando se da un trato diferente a personas cuya situación lo justifica, sino que se las coloca en posición de ejercer verdaderamente los derechos y aprovechar auténticamente las garantías que la ley reconoce a todas las personas.

La desigualdad real, la marginación, la vulnerabilidad, la debilidad deben ser compensadas con medidas razonables y suficientes que generen o auspicien, en la mayor medida posible, condiciones de igualdad y ahuyenten la discriminación. El principio de juridicidad -que tiene

³⁵Roberto Saba, op. cit., p. 58

³⁶ Christian Curtis, Dimensiones conceptuales de la protección legal contra la discriminación, p. 7,8 y 14, citado por Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, op. cit., p. 135

raíz en el trato igual para todos- no sólo no excluye, sino reclama, la admisión -más todavía: la exigencia -de una especificidad que alimente ese trato igualitario y evite el naufragio al que frecuentemente se halla expuesto³⁷.

La discriminación de acuerdo a los cuerpos normativos internacionales, tales como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial o CEDAW, es el menoscabo o anulación del reconocimiento, goce o ejercicio de un derecho humano o libertad del grupo desaventajado.

Dicha concepción funcional busca resguardar a estos grupos sociales, y efectivamente cada vez que un miembro de este sector desaventajado es tratado de forma adversa no sólo afecta el derecho de igualdad sino que refuerza la situación de desigualdad y excluye la posibilidad de acceso a los bienes sociales³⁸.

La raza no puede generalmente dar pie para un trato diferente en la ley, cuando se trata de grupos sociales, que han sido segregados históricamente, pero han sufrido inequidad social, y se dan intentos legales para instaurar el equilibrio a través de diversas acciones afirmativas de participación.³⁹

Otro concepto al que me referiré es la marginalidad como condición de valoración para establecer un trato desigual en una sociedad, y que para el autor Becker el marginal es quien se desvía de las reglas del grupo y dependerá del sujeto y de las circunstancias para que se lo determine como tal; cita el ejemplo de los ciudadanos que violan las leyes de tránsito o se exceden en la bebida durante una fiesta recibe un trato tolerante pues no difiere de la mayoría, mientras que, al ladrón se lo percibe como alguien totalmente diferente, extraño y su castigo

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Penal Miguel Castro Castro vs. Perú, 25 de noviembre de 2006, www.cidh.or.cr

³⁸ Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, op. cit., p. 144

³⁹ César Rodríguez, op. cit., p. 62

por ende será más severo. Además, no todos los infractores piensan que han sido injustamente castigados, por cuanto están conscientes de haber quebrantado la normativa, tal como el conductor que comete un delito de tránsito, pero los desviados tienen ideologías que explican por qué ellos tienen razón y por qué aquellos que los critican y castigan están equivocados⁴⁰.

⁴⁰ Becker en el preludio de la Criminología Crítica (al cuestionarse desde la teoría de la reacción el "quién impone las reglas"), concluye diciendo: "Es un hecho interesante que la mayor parte de la investigación y la especulación científica sobre la desviación se dedican a las personas que quebrantan las reglas, más que a aquellos que las crean y las imponen. Si queremos lograr una total comprensión de la conducta desviada, debemos llegar a un equilibrio entre estos dos focos de interpretación posibles. Debemos concebir a la desviación, y a los extraños y marginales que personifican esta concepción abstracta, como una consecuencia de un proceso de interacción entre personas, algunas de las cuales, en servicio de sus intereses, crean e imponen reglas que afectan a otros que, en servicio de sus propios intereses, han cometido actos que se califican como desviados". Howard S. Becker, Los extraños, sociología de la desviación, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1970, p. 151

CAPÍTULO II.- LA FLAGRANCIA Y SU RELACIÓN CON LA DISCRIMINACIÓN.-

Estudio de casos

1. Definición de la flagrancia

Se entiende en primera instancia como delito flagrante “aquel que es descubierto por las autoridades cuando se está cometiendo o acaba de cometerse”⁴¹, y por flagrancia como “la suposición de una íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa”⁴².

Más en nuestra legislación, se lo define en el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal, como el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que haya existido una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la detención, así como que se le haya encontrado con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos al delito recién cometido. No se podrá alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre la comisión del delito y la detención. Por lo cual nos da un espectro más grande de lo que se concibe como flagrancia, planteándolo en marco incluso de persecución del delito en un tiempo establecido.

Por ejemplo la flagrancia procede cuando alguien es perseguido y detenido sin solución de continuidad con respecto a la ejecución, tentativa o frustración, cuando es aprehendido en circunstancias tales, o con objetos, que constituyen indicios vehementes de la comisión de un

⁴¹ Eric Lorenzo y Pérez Sarmiento, La investigación, la instrucción y la flagrancia, Caracas, Editorial Vadell Hermanos, 1999, p. 105.

⁴² Jorge Alberto Silva Silva, Derecho Procesal Penal, México, Editorial Harla, segunda edición, 1997, p. 502.

delito y de la participación del sospechoso⁴³, tales como la posesión de los efectos robados y no da descargo de su propiedad o quien aparece con lesiones o manchas de sangre junto a alguien matado o se sabe que estuvo en contacto con él hasta la última hora de la víctima; todo ello conllevaría a que existan simplificaciones procesales que abrevian el fallo por existir supuestamente demasiadas evidencias.

2. Procedimiento de flagrancia en la legislación ecuatoriana y su perspectiva

El artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador establece que 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.

Asimismo, en la última parte de dicha disposición constitucional se indica que las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

Una vez que una persona sea sorprendida en delito flagrante de acción pública pueden detenerlo como medida cautelar tanto los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona, quien deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial. El policía que haya tomado procedimiento en la privación de la libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías penales que se encuentre de turno.

⁴³ Guillermo Cabanellas, "Flagrancia", en Diccionario Jurídico Cabanellas, Buenos Aires, Editorial Ediesta, pág. 70.

El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes⁴⁴, a órdenes del juez de garantías penales, además para lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención.

Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite⁴⁵.

Una vez instalada la respectiva audiencia de calificación de flagrancia, el juez dará inicio, identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales, señalando los derechos y garantías a que hubiere a lugar. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quien expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal. El fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación, si el delito supera una sanción con una pena mayor a un año solicitará al Juez que se sirva dictar las medidas cautelares como la prisión preventiva y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal. Acto seguido el juez de garantías penales concederá la palabra al ofendido, en caso de haberlo, al policía si lo estimare necesario, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos

⁴⁴ El Art. 165 del Código de Procedimiento Penal establece el límite de duración de esta medida que es veinticuatro horas.

⁴⁵ El Fiscal deberá tener en cuenta el principio de objetividad que gira en toda su actuación, deberá intervenir en la petición, aplicación modificación o revocación de las medidas cautelares, exigiendo el cumplimiento de las disposiciones legales y con el mayor respeto de los derechos y las garantías de los ciudadanos sometidos a proceso.

de defensa, quién lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor.

El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia⁴⁶. Posteriormente, el fiscal de turno, remitirá lo actuado a la Secretaria de cada Unidad especializada, a fin de que otro Fiscal de dicha Unidad avoque conocimiento y continúe con la Instrucción Fiscal. Una vez que el Fiscal que se encuentra cargo ha realizado toda la investigación penal en el tiempo de 30 días solicitará al Juez de garantías Penales que señale día y hora para que se lleve a efecto la audiencia preparatoria a juicio, donde el fiscal emitirá el dictamen acusatorio en forma oral⁴⁷.

Dentro de las estadísticas recogidas de lo que va del año desde el primero de enero hasta el 10 de octubre de 2012 de la totalidad de noticias de delito que ha venido a la Fiscalía de Pichincha, dentro de los procesos ordinarios el 5.21% representa a los delitos flagrantes, es decir 1715 han sido conocidas por parte de los jueces respectivos, y se les ha dado trámite dentro de las veinte y cuatro horas que dispone el Código de Procedimiento Penal.⁴⁸

⁴⁶ Binder señala que dentro de un proceso que acarrea una administración de justicia que se enfrenta con un marco político-criminal y debería considerar el fortalecimiento de la vigencia de las garantías básicas procesales conteniendo la arbitrariedad y brutalidad en el ejercicio del poder penal así como redefinir los intereses del proceso, procurando la búsqueda de un determinado consenso entre víctima y victimario que procure la idea de la reparación. Véase Alberto M. Binder, "Límites y posibilidades de la simplificación del proceso", en Revista Justicia Penal y Estado de Derecho, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 188.

⁴⁷ Véase Artículos 161 e innumerado a continuación del indicado del Código de Procedimiento Penal del Ecuador.

⁴⁸ Véase Anexo 7

Si bien es un proceso expedito el que se ha relatado, existen algunos inconvenientes que pueden acarrear vulneraciones al derecho a la igualdad, presunción de inocencia, defensa oportuna y preparada, entre otros, por el poco tiempo en que se tiene para prepararla, además de la falta de motivación para establecer las medidas cautelares, que podrían deducirse ante la falta de este que el juez únicamente observó la situación social y económica del detenido en algunos de los casos, antecedentes penales⁴⁹.

3. Las medidas cautelares y el establecimiento de la generalidad de la prisión preventiva

En concordancia con la disposición constitucional, el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal señala que las medidas cautelares tienen como fin garantizar la inmediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido⁵⁰, para lo cual el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

Se especifica que en todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia; por lo cual atendiendo el

⁴⁹ El Artículo 26 del Código de Procedimiento Penal establece que el Fiscal presentará, obligatoriamente, dentro de la fundamentación de su instrucción fiscal, el registro de detenciones detallando los motivos de las detenciones anteriores.

⁵⁰ Siendo que las medidas cautelares naturalmente limitan derechos fundamentales para su adopción, es preciso que concurren los presupuestos legitimadores: a) Fumus boni iuris: que implica por un lado, la apariencia razonable de que el hecho investigado presenta las características de delito y por otro lado, que haya podido ser cometido por la persona sobre la que han de recaer tales medidas cautelares; b) Periculum in mora: La existencia de razones de que el imputado va a tratar de fugarse en caso de permanecer en libertad o que el mismo pretenda obstruir la investigación mediante la ocultación o destrucción de la prueba. Véase Corte Suprema de Justicia República de Honduras, “Instructivo sobre la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en los delitos de crimen organizado”, Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial CEDIJ, 30 septiembre del año 2004, pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/honduras/leyes/4.pdf

principio *indubio pro reo*, la aplicación de dichas medidas restrictivas de la libertad tendrán que manejarse con sumamente cuidado⁵¹.

Para lo cual el Código de Procedimiento Penal en el Art. 167 regula los requisitos de forma y de fondo que deben cumplirse para que un juez pueda ordenar la privación de la libertad de una persona, es decir tienen que configurarse obligatoriamente dichos parámetros para que proceda la prisión preventiva y cumpla sus fines de garantizar la comparecencia del procesado o acusado al proceso o para asegurar el cumplimiento de la pena: 1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice del delito; 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año; 4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio; 5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

El Art. 169 establece el plazo de caducidad de la prisión preventiva que, en conformidad con la Constitución, es de seis meses tratándose de delitos sancionados con prisión y de un año, en caso de delitos sancionados con reclusión. De tal manera que si la privación de la libertad fuere superior a estos plazos, también se volvería ilegal.

A nivel nacional, de acuerdo a las estadísticas que tiene la Fiscalía General del Estado, en el año 2011 de los detenidos que se registraron a nivel nacional en un total de 14239 se dictó prisión preventiva en 12808 detenido, que representa un noventa por ciento mientras, que mil cuatrocientos treinta y uno tuvieron medidas sustitutivas.

⁵¹ Lo anotado tiene estrecha relación con el Art. 7 numeral 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que establece que la libertad del detenido podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio

Merece además referirse que dentro de un marco geográfico más reducido, como es la ciudad de Quito, durante el mes de agosto del 2012, existió 178 detenidos, únicamente sesenta y dos registraba antecedentes penales previos y ciento dieciséis no los tenían, pero se dictó ciento quince prisiones preventivas; es decir el sesenta y cinco por ciento de los detenidos sufrieron esta medida cautelar ratificando una vez lo indicado en párrafos anteriores que se constituye como regla general⁵².

Para entender esta garantía, hay que comprender que la prisión preventiva no es una pena anticipada por el delito cometido, sino un medio para asegurar que el procesado comparezca a la justicia. La prisión preventiva no es una condena, porque se dicta cuando aún se sigue el proceso penal, cuando aún no existe sentencia condenatoria y cuando sí existe, por el contrario, presunción de inocencia. Así, la prisión preventiva no mira si el acusado robó o violó, si estafó o mató. Por el contrario, el juez se debe preguntar si ese procesado, más allá del delito perseguido, ¿es probable que comparezca a juicio o no?, ¿podría salir del país?, ¿es adecuada la medida cautelar?, ¿se fugará? y ¿justificó adecuadamente el arraigo social el detenido? Según esta respuesta, el juez puede dictar arresto domiciliario, prohibición de salida, visitas periódicas al juzgado, etc.; solo en último término puede dictar prisión preventiva.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado que de lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Convención "...se deriva la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva." (Caso Suárez Rosero contra Ecuador,

⁵² Véase Anexo 8

sentencia de 12 de noviembre de 1997). En el mismo sentido consideró arbitraria la prisión preventiva impuesta por un Estado al no existir “...indicios suficientes para suponer que la presunta víctima fuera autor o cómplice de algún delito; tampoco probó la necesidad de dicha medida.” (Caso Tibi contra Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004).⁵³.

Ante esto la CIDH definió que de la prisión preventiva debe siempre estar limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Constituye la medida más severa que se puede imponer al imputado, y por ello debe aplicarse excepcionalmente. La regla debe ser la libertad del procesado mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal⁵⁴.

Ante lo señalado, el Ecuador al ser parte el Sistema Interamericano de DDHH debe contemplar los siguientes estándares⁵⁵:

- a. EXCEPCIONALIDAD: De acuerdo a este principio la prisión preventiva no debe ser la regla. La principal consecuencia que se deriva de la excepcionalidad del encarcelamiento preventivo consiste en restringir su aplicación a casos en que no exista posibilidad alguna de garantizar los fines del proceso de otra manera. De acuerdo al Informe 35/07 se estableció que la prisión preventiva solo procede cuando resulte indispensable para los objetivos propuestos y sea el único medio para asegurar los fines del proceso porque se pueda demostrar que las medidas menos lesivas resultarían infructuosas a esos fines. Por eso,

⁵³ Andrea Cabezón P. y otros, “Sistemas judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia”, en Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA, N° 14, Santiago de Chile, Holanda 2023, p. 8

⁵⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso López Álvarez vs Honduras, 1 de febrero de 2006, www.cidh.or.cr

⁵⁵ Mario Alberto Juliano, “Estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de plazo razonable de la prisión preventiva”, en Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal, INECIP, noviembre de 2009. www.inecip.org/EXPOSICIONES/Mario%20Juliano.pdf

siempre se debe procurar su sustitución por una de menor gravedad cuando las circunstancias así lo permitan.

- b. **PROVISIONALIDAD:** De acuerdo a este principio la prisión preventiva está llamada a regir sólo durante el lapso estrictamente necesario para garantizar el fin procesal propuesto y requiere que todos sus presupuestos y exigencias que deben ser verificados para autorizar el encarcelamiento preventivo subsistan mientras dure la privación de la libertad, de donde, si desapareciere algunos de ellos, debe cesar de modo inmediato dicho encarcelamiento⁵⁶.

- c. **PROPORCIONALIDAD:** De acuerdo a una concepción tradicional de este principio, una persona considerada inocente no debe recibir peor trato que una condenada. Se trata de una ecuación entre el principio de inocencia y el fin de la medida cautelar. La CIDH en su informe 35/07 a sostiene que la relación entre la restricción del derecho y fin precautorio de la medida no debe igualar a la pena. Esa relación debe ser lo suficientemente desequilibrada como para que no se convierta en una pena anticipada, en violación al principio de inocencia⁵⁷.

Hay que considerar en primer lugar que lo que se persigue con la medida cautelar es asegurar la eficacia del procedimiento, garantizando a través de la presencia del imputado, ante lo cual surge la figura del arraigo social, y que la concepción de la misma no se restringe únicamente

⁵⁶ La prisión preventiva debe ceñirse estrictamente a lo dispuesto en el artículo 7.5 de la Convención Americana, en el sentido de que no puede durar más allá de un plazo razonable, ni más allá de la persistencia de la causal que se invocó para justificarla. No cumplir con estos requisitos equivale a anticipar una pena sin sentencia, lo cual contradice principios del derecho universalmente reconocidos.

⁵⁷ Ante las múltiples referencias de la CIDH en sus fallos señala que la prisión preventiva tiene que cumplir con dichos estándares, interesa referirme a la proporcionalidad que debe ser analizada por el juez adecuadamente para no violar garantías constitucionales. Propongo en el tercer capítulo del presente trabajo el uso de la herramienta metodológica como guía para que se considere oportunamente la medida cautelar.

a la situación económica del procesado sino que su campo es mucho más amplio. En términos generales el arraigo suele ser usado cuando se quiere dar cuenta de una fuerte fijación, firme y duradera que una persona conserva respecto de alguna cuestión. Por ejemplo, cuando un individuo presenta una fuerte y recurrente tendencia a practicar algunas costumbres, ritos, que son consideradas además como propias de la cultura de la cual proviene, se dirá que esa persona tiene un fuerte arraigo a sus costumbres.

Las posibilidades de que alguien se fugue son menores si es que muestra mayor arraigo social y económico al lugar donde el proceso se desarrolla. Es decir, si cuenta con vínculos familiares, laborales, comunitarios, si tiene propiedades o cualquier tipo de expectativas positivas. Por otra parte, los costos de fugarse son mayores por la pérdida de todos estos elementos, que regularmente componen los aspectos centrales de la vida de cualquier persona. La gravedad del delito y todas las situaciones que determinen una elevación de la pena que inciertamente tenga que aplicarse, constituyen también elementos que teóricamente estimulan la tentación a evitar el riesgo de la condena⁵⁸.

Por lo tanto el peligro de fuga del procesado contempla además del riesgo efectivo las circunstancias siguientes⁵⁹:

- 1) La falta de arraigo en el país, teniendo en cuenta el domicilio del imputado, el asiento de su familia, de sus negocios o de su trabajo, y las facilidades con que cuente para abandonar definitivamente el territorio nacional o para permanecer oculto.

⁵⁸ Cristián Riego Ramírez, “Prisión preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo proceso penal”, en Colección informes de investigación, No. 9, Santiago de Chile, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, junio de 2001, p. 13

⁵⁹ Corte Suprema de Justicia República de Honduras, “Instructivo sobre la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en los delitos de crimen organizado”, op. cit.

- 2) La gravedad de la pena que pueda imponerse al imputado, como resultado del proceso.
- 3) La importancia del daño que deba indemnizar y la actitud del imputado frente al mismo y, en particular, su falta de voluntad reparadora; y,
- 4) El comportamiento del imputado durante el proceso, en cualquier otro anterior en las diligencias previas, del que razonablemente pueda inferirse su falta de voluntad para someterse a la investigación o al proceso penal.

Respecto a los antecedentes penales cuya información se encuentra en los partes policiales de detención, el juzgador debe considerar al momento de motivar no sólo la existencia de una conducta anterior del procesado en el sistema de justicia penal, sino que si estos, junto con otros antecedentes sobre la vida anterior del sujeto, pueden ocasionar una predisposición a acatar o no las reglas legales y sociales y, en consecuencia, fundar un cierto pronóstico acerca de la disposición a someterse al marco del proceso con lealtad y respetar su obligación de comparecencia, en caso de obtener medidas alternativas.

4. Condiciones socioeconómicas de los detenidos por delitos flagrantes

En primer lugar, como factores biofisiológicos se contemplará la edad de los detenidos y el sexo; el primero de ellos tiene preponderancia por cuanto existe marcados rangos de edad proclives a delinquir y cometer ciertos delitos. De los datos recogidos los mayores porcentajes son del rango de los 18 a los 35 años, quienes se encuentran en la edad de ser plenamente económicamente productivos, cabría preguntarse cuales son las motivaciones que los lleva a delinquir, claro que eso subyace ya en un campo subjetivo, pero aquí interesa identificar que este grupo poblacional es al que se le ordenará prisión preventiva en casi todos los casos

llevados ante el juzgador y sometidos a una audiencia de calificación y determinación de medidas cautelares⁶⁰.

El sexo es un importante factor por cuanto existen determinadas tipologías delictivas características del sexo masculino como femenino, como es la comisión de delitos que claramente se nota que los hombres cometerán más delitos y que han sido detenidos en delitos flagrantes en un número superior a las mujeres. Además respecto a las medidas cautelares los hombres serán sujetos de prisión preventiva en casi todos los casos en comparación con las mujeres a quienes se les dispondrá medidas sustitutivas⁶¹.

Merece indicar que ante la falta de información en los partes policiales respecto al grupo étnico de los detenidos no se ha podido tabular este importante factor de análisis, pero que en concordancia con lo indicado en las estadísticas nacionales, la población ecuatoriana es en un 77.42% mestiza⁶², por lo que haciendo una analogía este grupo será el que en la mayoría de casos sea delito en delito flagrante, así como de los casos observados existe otro grupo considerable como es el afroecuatoriano a quien se lo privará de la libertad en dichos procedimientos por parte de la Policía.

Un segundo factor de análisis son los que se refieren netamente al aspecto social, tales como escolaridad, ocupación, estado civil y en general las condiciones de vida de los detenidos.

⁶⁰ Véase Anexo 9

⁶¹ Véase Anexo 10

⁶² Censo de población y vivienda, Ecuador en cifras, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

<http://www.ecuadorencifras.com/cifras-inec/nacionalidades.html#pi=493>.

Véase Anexo 11

Merece especial atención, que de los ciento once partes revisados en conjunto con las actas de audiencias de flagrancia, los detenidos/as que tenían un nivel de educación primaria o no poseían instrucción se les dictaminó prisión preventiva en un ochenta y ocho por ciento; en un ochenta y seis por ciento de los casos de quienes tenían educación secundario se les dictó prisión preventiva. Respecto a la educación superior se dictó en un sesenta y cinco por ciento medidas sustitutivas a la prisión preventiva⁶³.

Respecto a la ocupación de los detenidos/as, el treinta y cuatro por ciento son comerciantes, pero cabe precisar que son comerciantes informales sin relación de dependencia, y esa característica influye a que se dicte prisión preventiva en setenta y nueve por ciento de los casos. En cuanto a los albañiles preciso que dentro de esta categoría he recogido a pintores, plomeros, jornaleros y a fines relacionados con la construcción, se les dicta prisión preventiva en un ochenta y nueve por ciento; ratificando una vez que la característica de informalidad en su ocupación influirá en el juez y su decisión.

Así mismo a los empleados privados, que de acuerdo a lo señalado en los partes policiales de detención no se especifica claramente cuál es su ocupación, como tercer grupo de importancia se les dicta prisión preventiva en un setenta y nueve por ciento.

Quienes se encuentran dentro del grupo de la desocupación tendrán una alta tasa de órdenes de prisión preventiva y que de acuerdo a las actas emitidas por los juzgados de Flagrancia únicamente en un nueve por ciento se dictarán medidas sustitutivas frente a un noventa y un por ciento que estará privado de su libertad⁶⁴.

⁶³ Véase Anexo 12

⁶⁴ Véase Anexo 13

El estado civil esta constituido por una continuación de hechos trascendentales en la vida de las personas y cada de unos de los ciudadanos en una sociedad, y establecer de cierta manera un status en la sociedad, interesa porque al referirse a los aspectos sociales podría indicar estabilidad emocional en los detenidos y otros aspectos criminológicos; de las estadísticas anotadas el 49% son solteros y un 36% viven bajo unión libre⁶⁵.

De los datos recogidos los detenidos en Quito viven en la zona urbana predominantemente, a ellos se les dictará prisión preventiva en un ochenta y cuatro por ciento; a los habitantes de zonas rurales y a los extranjeros en un cien por ciento se les negó medidas sustitutivas y se les privó de su libertad⁶⁶.

5. Selectividad y discriminación en las audiencias de flagrancia

De acuerdo a las estadísticas expuestas, un noventa por ciento de personas esta privada de la libertad a través de la prisión preventiva pertenecen a grupos con educación primaria, secundaria o sin educación, con trabajos informales sin relación de dependencia; todo esto es evidente de que el juzgador viola el principio de igualdad establecido constitucionalmente⁶⁷.

Sobre esta política de criminalizar a los individuos, denominados los “enemigos” para Raúl Zaffaroni, precisa que el derecho penal del enemigo ejerce el control punitivo a los estereotipos, que si bien el estado identifica el aspecto físico de un sujeto también demanda roles antes ciertos delitos considerados como “groseros”, facilitando la selectividad al seleccionar el tipo penal que es más fácil ver, más sencillo que frente a un delito sofisticado,

⁶⁵ Véase Anexo 14

⁶⁶ Véase Anexo 15

⁶⁷ “Todo ser humano es igual en la misma medida que es sujeto frente a las leyes, tanto en derechos como en obligaciones, considerando debe estar de la misma manera amparado por todo el ordenamiento jurídico de un país”. Texto recogido de Venustiano Reyes, “El principio jurídico de igualdad”, Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Número 33, México, 2003, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=33>, página revisada 2010-10-15

como por ejemplo es fácil detectar a alguien que va vestido como ladrón, que tiene cara de ladrón y que se comporta como tal, que además saca el radio de un carro es sencillo criminalizarlo, al contrario que algún tipo penal de estafa.⁶⁸

“La selectividad del sistema penal recae en sistemas sociales más carentes, el poder punitivo opera sobre personas que resultan más vulnerables a ese ejercicio, la selectividad es un dato de carácter estructural, no hay poder punitivo en el mundo que no se guie por este criterio de criminalización. Por lo cual esta disparidad lesiona el principio de igualdad, en alguna medida el ejercicio del poder punitivo siempre lacera este principio no solo en el aspecto criminalizante sino también de la víctima⁶⁹ debido a la selección de segmentos de alto riesgo, ya que conviene que “se maten entre esos sectores y no tengan protagonismo jurídico”⁷⁰.

En concordancia con lo anotado por Zaffaroni, en la ciudad de Quito durante el año 2011 los delitos flagrantes que se reportaron con mayor influencia corresponden a los contra el patrimonio como robo, robo calificado y hurto, además de delitos relacionados a sustancias estupefacientes y psicotrópicas y tenencia de armas⁷¹.

Específicamente en el mes de agosto de 2012, de acuerdo a la muestra recogida que se infiere de la revisión de las actas de flagrancia analizadas, se colige que los detenidos por los delitos de mayor incidencia en la Unidad de Delitos Flagrantes, corresponden a personas de bajos recursos económicos y sin instrucción o nivel de educación primaria o secundaria, y que de

⁶⁸ Véase Zaffaroni, Estructura básica del Delito, VIDEO 019:10

⁶⁹ La victimización se considera como la desvalorización personal, que afecta el sentimiento de seguridad individual y colectiva de la víctima a través del hecho delictivo, que incide también en la relación con la familia y su comunidad social.

⁷⁰ Véase Zaffaroni, Estructura básica del Delito, VIDEO 019:15 Véase, Ibíd.

⁷¹ Véase Anexo 16

dichos casos para determinar la prisión preventiva se revisó su supuesta peligrosidad, antecedentes penales y una indebida concepción de arraigo social.

Ferrajoli respecto a la detención en la flagrancia se refiere:

“En todas las hipótesis de detención obligatoria la ley presume la excepcionalidad, la necesidad y la urgencia (...), de modo que la detención por delito flagrante se transforma en el ejercicio totalmente ordinario de un poder policial autónomo. Por otra parte, dado que los delitos asociativos son considerados como delitos de sospecha, la detención por flagrancia equivale de hecho a una detención por razones de seguridad pública (o de policía), esto es, a una detención motivada por la mera sospecha de delitos futuros”⁷².

Asimismo, lo que se evidencia en la institución de la flagrancia, a través de las estadísticas recogidas es que se acentúa la discriminación, pues tenemos claramente un grupo específico al que se lo detiene y se priva su libertad como regla general, este es el grupo de sexo masculino, de escasos recursos económicos, deficiente preparación académica, ocupación laboral informal, edad que oscila entre los 18 y 35 años.

Maier recoge ideas como la pregonada por Beccaria, al señalar que el proceso debe concluir lo más pronto posible, así también la pugna ante la presión actual permanente de la opinión pública que siempre se ocupa de procedimientos escandalosos y de gran connotación social,

⁷² Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón: Teoría del Garantismo penal, Madrid, 2ª edición, Ed. Trotta, 1997, pág. 791.

marginando a la justicia como inoperante e inaccesible, por lo cual es una solución que da una inmediata respuesta política-judicial a una situación de inseguridad ciudadana⁷³.

Procesos sencillos y rápidos como el de flagrancia, tiene su propia problemática, vinculada particularmente a la posibilidad de simplificar el trámite sin arrasar en el camino garantías constitucionales. (...) recuerda Binder que la simplificación del proceso es una tarea constante, que hay una suerte de fuerza que atrae hacia lo formal, lo incidental, lo rutinario y el trámite, que llevaría a una “tendencia de huida del conflicto – base” producto de no muy claras razones de organización o cultura humana, pero que permite verificar que, lentamente, “formalismos le quitan espacio a la solución del problema, y por lo tanto, van complicando inútilmente el proceso. Por eso, simplificar el proceso implica establecer claramente la primacía de lo sustancial sobre lo formal. Y lo sustancial es el conflicto humano que subyace al proceso⁷⁴.

Bajo lo antes anotado, si unificamos las ideas de la discriminación a grupos plenamente identificados y la anulación de ciertos formalismos podríamos encontrarnos con que las resoluciones adoptadas por el juzgador en los casos de delitos flagrantes sean un ejemplo de restricción de ciertas garantías constitucionales⁷⁵.

Tal como lo ha manifestado Gustavo L. Vitale se sacrifica derechos y garantías individuales por mantener el concepto de la celeridad en el proceso y hacer eficiente el aparato operador de

⁷³ Julio B. Maier, ¿Es posible la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho? en Revista 1º Encuentro Argentino de profesores de Derecho Penal: El Sistema penal ante las exigencias del presente, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni Editores, 2004, p. 112.

⁷⁴ Alberto Binder, Política Criminal de la formulación a la praxis, Buenos Aires, Gráfica Laft S.R.L., 1997, p. 147, citado por Marcelo Alfredo Riquert, op. cit., p. 14-15.

⁷⁵ *Ibíd.*

justicia⁷⁶. Ante lo cual considero que las veinte y cuatro horas resultan insuficientes para que se pueda preparar adecuadamente una defensa, se pensaría en la posibilidad de que el legislador amplíe dicho término, para en efecto disminuir la posibilidad de que se restrinja dicho derecho.

En el proceso penal se ventilan cuestiones de elevado interés público, se persigue la defensa de la sociedad contra los delincuentes, la aplicación de la ley penal al caso concreto debatido y la investigación de verdad para la determinación de la personalidad antisocial del responsable, puesto que es el medio práctico que se vale el Estado para ejercer la función de reprimir delitos y dar seguridad al conglomerado, aun cuando en el objetivo fundamental del proceso constitucionalmente reconocido señale el respeto de los derechos y garantías⁷⁷.

De lo antes anotado, aun cuando se tenga la presión de la sociedad, manifestada en la prensa, que busca reprimir al responsable, el juzgador nunca puede verse precisamente forzado a ordenar una prisión preventiva bajo estos parámetros, cuando no ha valorado adecuadamente los requisitos de este, poniendo una vez más en situación de desigualdad al imputado.

Binder en su obra “Iniciación al proceso penal acusatorio”, se refiere a que la organización de un proceso penal nunca es un problema menor, ya que de su correcta estructuración dependerá el cumplimiento o no de los principios que lo fundan, observándose que en muchos casos las

⁷⁶ Gustavo L. Vitale, “Proceso penal constitucional (Libertad durante el proceso, juicio abreviado, oportunidad y necesaria promoción fiscal de la acción), en Revista 1º Encuentro Argentino de profesores de Derecho Penal: El Sistema penal ante las exigencias del presente, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni Editores, 2004, p. 140.

⁷⁷ José García Falconí, La prisión preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares, Quito, Rodin, 2002, p. 35

peores distorsiones en materia de garantías y principios que en él intervienen provienen de una estructuración incorrecta⁷⁸.

Precisamente lo que se procura a través del presente trabajo es demostrar que una de esas distorsiones radica en un problema estructural de la sociedad ecuatoriana, por cuanto el juez tiene ciertos prejuicios relacionados a la condición económica, racial y social, y que se evidencian en la falta de motivación de sus resoluciones, como es el ejercicio de un correcto razonamiento de la adopción de una medida cautelar por ejemplo.

⁷⁸ Alberto Binder, *Iniciación al proceso penal acusatorio (para auxiliares de justicia)*, Buenos Aires, Campomanes Libros, 2000, p. 29.

CAPÍTULO III.- TEST DE IGUALDAD COMO JUICIO DE PROPORCIONALIDAD Y SU APLICACIÓN EN LAS RESOLUCIONES DE LAS AUDIENCIAS DE FLAGRANCIA

De los capítulos anteriores se deduce que primero tenemos una situación de discriminación en la sociedad ecuatoriana como tal, y en segundo lugar, la falta de motivación del juez para adoptar una medida cautelar en los delitos flagrantes; además de evidenciar como la prisión preventiva se aplica a determinados grupos sociales a partir de las estadísticas analizadas.

Se evidencian la situación de desigualdad en las decisiones de los operadores de justicia y lo discrecional de sus fallos a través de lo expresado en las estadísticas; preciso anotar como en casos análogos se resuelve de distinta manera atendiendo a los parámetros como antecedentes penales, aspecto laboral, educación, edad y arraigo social, que son rasgos marcados de discriminación estructural.

Así como, esto marca una pauta del análisis de la discriminación de los operadores de justicia corresponde referirse al juicio de valor que realiza el juzgador dentro de un proceso específico, para lo cual se plantea el test integrado de igualdad como juicio de proporcionalidad para que el juez motive adecuadamente su decisión de medida cautelar en las audiencias de flagrancia, y así evitar cualquier distorsión que pueda inferir un trato discriminatorio.

1. El principio de igualdad dentro del sistema de justicia y trato discriminatorio por parte de los operadores de justicia.

Los órganos del poder judicial, respecto al juzgamiento de los casos tanto en la determinación de los hechos como en la interpretación de las normas, son independientes y no pueden estar sometidos al control de ningún otro poder del Estado⁷⁹.

Parte del principio de igualdad es la exigencia al órgano de justicia que se interprete del mismo modo la ley, no de manera aislada cada precepto sino en correlación con la Constitución⁸⁰; además esta exigencia no va dirigida a la necesidad de no establecer diferencias entre los justiciables, sino la de asegurar que todos los preceptos sean entendidos del mismo modo⁸¹.

Lo que deduce que en un estado constitucional de derecho bajo la luz de la igualdad ante la ley se procure una homogeneidad en la interpretación normativa y así consagrar la seguridad jurídica; pero en el caso de existir divergencias interpretativas, para los Tribunales europeos éstas no entrañan en sí misma un rompimiento del principio de igualdad puesto que la ley que ha sido interpretada por los jueces de diversa manera o incluso por el mismo juez en distintos momentos es tomada de manera igual, siempre que en la aplicación no se consideren diferencias personales que la ley prohíbe y no hace distinción⁸².

⁷⁹ Francisco Rubio Llorente y otros, op. cit., p. 121

⁸⁰ El Derecho Penal mínimo de Cesare Beccaria en su obra “De los delitos y de las penas” comprende una serie de garantías respecto al poder punitivo del estado, las mismas que sirven para limitar el poder a través de la libertad e igualdad de todos los ciudadanos. Véase César Bonesana Marqués de Beccaria, Tratado de los delitos y de las penas, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.

⁸¹ Francisco Rubio Llorente y otros, op. cit., p. 122

⁸² La Sentencia STC 161/1989 señala: “La diferencia en la interpretación de las normas no puede considerarse en sí misma lesiva del derecho a la igualdad en la aplicación judicial de la ley, que ha de conjugarse con el principio de independencia judicial”. *Ibíd.*, p. 123

La utilización de los principios relacionados a derechos humanos y criterio de justicia garantiza con su aplicación que la interpretación resguarde al ser humano; por lo que el juzgador debe tomar en cuenta al momento de estudiar un caso que la interpretación sea conforme a la constitución y bloque constitucional, así cabe referirse a que el segundo paso sería evaluar lo siguiente:

En cuanto que ninguna de las interpretaciones divergentes resulte contraria a la Constitución, el problema que la divergencia plantea sólo puede ser traído ante nosotros quien se sienta víctima de una aplicación discriminatoria de la ley puede ofrecer razones que le autoricen a pensar que la divergencia interpretativa es simplemente la cobertura formal, de una decisión cuyo sentido diverso al de otras anteriores, o incluso, otras posteriores, se debe realmente al hecho de que se han tomado en consideración circunstancias personales o sociales de las partes, incluso simplemente su propia identidad que no debieron serlo⁸³.

De lo anotado se ratifica que el valor constitucional de la igualdad, de acuerdo al actual ordenamiento ecuatoriano, busca proteger a los ciudadanos de las divergencias y tratos arbitrarios en las resoluciones, providencias y demás actos judiciales, impidiendo así que se toque a los justiciables con desigualdad y se discrimine entre ellos.

El Tribunal Español en diversas sentencias se ratifica en que no se privilegie idéntico tratamiento punitivo a todos los que incurren en el mismo comportamiento delictivo porque puede reputarse injusto y hasta tener suerte de ser considerado como un tratamiento desigual o

⁸³ Véase Sentencia 144/1988FJ recogido en Francisco Rubio Llorente y otros, op. cit., p. 123

discriminatorio⁸⁴. Además, se verificaría la desigualdad en la aplicación de la ley en el caso de que el mismo órgano judicial falle en sentido contrario respecto a un asunto idéntico y exista una modificación de los propios precedentes, sin que justificar el cambio de criterio, o sin que pueda deducirse razonablemente de los términos de la sentencia.⁸⁵

En cuanto a la aplicación judicial del principio de igualdad existe una salvaguarda y que se traduce en el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. Respeto a la división de poderes: Los juzgados de primer nivel, tribunales, cortes provinciales ni Corte Nacional de Justicia pueden ser supervisados en sus decisiones por parte de organismos pertenecientes a otros poderes del estado.
2. Sometimiento al control constitucional: De acuerdo al constitucionalismo contemporáneo la Corte Constitucional controla la actuación de la administración de justicia únicamente en cuanto a la aplicación de leyes contrarias a la Constitución o que se haya interpretado de modo incompatible con estas normas, nunca jamás podrá revisar los hechos declarados y probados por los jueces y tribunales, como parte del respeto a la división e independencia de poderes indicado anteriormente.

Estos fundamentos de cierta manera efectivizan el principio de igualdad, al ser un vocablo abierto corresponde al juez establecer en el caso concreto la aplicación que deba hacerse del mismo, a través de la interpretación, discrecionalidad y consideraciones que señalará el alcance del principio ya sea amplio o restringido.

⁸⁴ Véase Sentencias STC 42/1982, AATC 218/1982 Y 77/1983, *Ibíd.* p. 122

⁸⁵ Véase Sentencias STC 201-1991, 202-1991 Y 232/1991, *Ibíd.* p. 128

El rol del juez es sumamente decisivo, frente a una figura positivista no indagará más allá de lo señalado en la norma, a la luz de la norma constitucional por el contrario hay un activismo judicial, donde cada caso podrá prever un sin número de interpretaciones de acuerdo a lo que se considere justo; precisando con claridad si en casos parecidos se cambia de criterio el sustento tiene que debidamente motivado⁸⁶. Se entendería que la violación del principio de igualdad se establece con un cambio de criterio en situaciones símiles cuando no exista un criterio fundamentado o motivado.

Para demostrar la existencia de la discriminación se requiere de dos casos análogos, que en los presupuestos exista igualdad sustancial por la semejanza de los hechos básicos y de la normativa aplicable, así como que exista la resolución o resoluciones anteriores contradictorias y la línea jurisprudencial o criterio uniforme⁸⁷. Cabe precisar que esta similitud no quiere decir una identidad de los supuestos sino que exista una semejanza evidente que pueda llegar a deducirse que las sentencias decidieron en diversa forma y se violó el principio de igualdad⁸⁸.

La fórmula que se explica de acuerdo a lo antes anotado implicaría:

ANALISIS CORRECTO: A vale tanto como B

ANALISIS INCORRECTO: A es casi como B

⁸⁶ Paola Lizano Van der Laat, op. cit., p. 405

⁸⁷ *Ibíd.* p. 406

⁸⁸ Véase Anexo 17

El autor Roca se refiere a la sentencia 55/88 del Tribunal Constitucional Español que una vez que se confirma la identidad del caso y el órgano jurisdiccional, procede a examinar si este ha ofrecido una motivación que justifique, expresamente o no, su cambio de criterio respecto a la decisión impugnada y de la que sirve como término de comparación no es posible apreciar la presencia de esa justificación⁸⁹.

El autor referido en el párrafo anterior también indica que este criterio mantenido por el juzgador respecto a casos similares resueltos no puede confundirse con el *stare decisis* anglosajón, por cuanto este último se refiere a un precedente judicial obligatorio como regla de derecho y generadora de una obligación inflexible en la decisión a pesar del tiempo transcurrido, circunstancias sociales cambiantes o cualquier otro motivo.

Además el Tribunal Constitucional Español dentro del ámbito procesal ha precisado que al establecerse una supuesta violación del derecho de igualdad ante las decisiones tomadas por los jueces en casos análogos, compete a quienes sustenten la legitimidad constitucional de la diferenciación demostrar su fundamento.

Está completamente prohibido que el juzgador y operadores de justicia incurran en el desafuero jurídico de atender por el grupo étnico al que pertenecen los acusados, por ejemplo para concluir o prejuzgar de alguna manera la responsabilidad en la participación del hecho delictivo.

La utilización de términos de carácter étnico por parte de jueces, fiscales y defensores públicos, y en general de cualquier órgano de poder debe ser completamente descartada,

⁸⁹ Encarna Roca “Principio de igualdad y la aplicación de la ley”, en Revista El principio de igualdad en la Constitución Española, IX Jornadas de Estudio, Madrid, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, 1989, p.999, citado por Paola Lizano Van der Laet, op. cit., p. 407

aunque tenga únicamente la intención de ser descriptiva, por cuanto puede ser malentendida o concebida como un parámetro de prejuicio.

2. El Juicio de Igualdad o Test de razonabilidad

Es importante referirse al autor colombiano Carlos Bernal Pulido en su estudio del principio de igualdad, que constituye parte del fundamento de una sociedad organizada dentro de un Estado Constitucional; y que el tratamiento de dicho principio sirve para optimizar la protección equitativa, la misma que está distribuida en cuatro mandatos⁹⁰:

1. Un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas.
2. Un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no compartan ningún elemento común.
3. Un mandato de trato proporcional a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes que las diferencias (trato igual a pesar de la diferencia).
4. Un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso, las diferencias sean más relevantes que las similitudes (trato diferente a pesar de la similitud)⁹¹.

La noción de igualdad como prohibición de trato arbitrario es la noción más clásica de igualdad formal, traducida en “igualdad ante la ley”, que tiene sus orígenes para limitar el poder de las monarquías absolutas y luchar contra los privilegios. Está relacionado con el

⁹⁰ Carlos Bernal Pulido, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257.

⁹¹El autor Bernal Pulido, en su obra el “Derecho de los Derechos”, especifica que el primer nivel se refiere a la eficacia vinculante de los mandatos de la igualdad en la aplicación administrativa y jurisdiccional de la ley y en las relaciones entre particulares. El segundo nivel, en cambio, alude al carácter definitorio de la igualdad como derecho fundamental, es decir, a su eficacia vinculante frente al Legislador. Asimismo que si bien los dos primeros no originan problemas interpretativos, los otros son sumamente complejos para el intérprete al momento de definir las diferencias y similitudes.

principio de legalidad en el sentido de que la interferencia del Estado se puede realizar únicamente a través de una ley general que debe ser aplicada para todos en todos los casos, o inaplicada para todos⁹².

Si bien existía la tesis de tratar igual a lo igual y desigual a lo desigual resultaba insuficiente para determinar en una circunstancia concreta una distribución de derechos o deberes⁹³; estos cuatro mandatos nos revelan un amplio espectro del principio y el derecho a la igualdad (la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley)⁹⁴.

Los dos últimos mandatos interesan por cuanto ahí se encuentra plasmadas las disposiciones constitucionales vigentes; en los artículos 11 numeral dos, primer inciso, y 44 numeral 4 se establece lo que se conoce como prohibición de discriminación y promueven un trato igual; mientras que el último inciso del artículo 11, numeral antes señalado, es el deber del estado de protección o promoción.

Se precisa, de acuerdo a Bernal Pulido, cuando un trato diferenciado se convierte en discriminatorio, cuándo un trato semejante es constitucional, o cuándo un trato diferenciado es un trato promocional o de protección; siendo su aplicación tan ambigua no es claro cuándo un trato diferente de varios destinatarios está prohibido, es posible o es obligatorio, desde el punto de vista constitucional. Por lo cual se ha planteado criterios del test de igualdad, a los cuales me referiré en este capítulo.

⁹² Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en Revista IIDH, Volumen 47, San José, 2008, p. 129

⁹³ César Rodríguez, op. cit., p.69

⁹⁴ El Art. 14 de la Constitución española se refiere a que la igualdad jurídica o igualdad ante la ley es cuando a los supuestos de hecho iguales se deben aplicar consecuencias jurídicas que sean iguales, o a su vez para introducir diferencias entre los supuestos de hechos tiene que existir suficiente justificación de tal diferencia; este derecho garantiza un límite al poder legislativo. Mientras que la desigualdad en la ley se produce cuando la norma distingue de forma irrazonable o arbitraria un supuesto de hecho específico al que anuda consecuencias jurídicas determinadas. Véase Francisco Rubio Llorente y otros, op. cit., p. 110

2.1. Juicio de proporcionalidad- razonabilidad (influencia europea)

Dentro de la tradición constitucional europea, el derecho a la igualdad ante la ley implica en primera instancia que sea aplicado a todos por igual, sin tener en cuenta otro criterio de diferenciación, se aproximaría al principio de legalidad; por lo que de esta primera instancia se ha ampliado su alcance, partiendo del concepto de proporcionalidad o razonabilidad.

El derecho a la igualdad, estipulado en el Art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos, se lo analiza en la sentencia pionera de 1968, por el que se reclama discriminación por la lengua predominante en una región de Bélgica, y surge la aplicación del test de razonabilidad⁹⁵.

Como premisa señala que la igualdad ante la ley implica que cuando la ley realiza clasificaciones entre personas, éstas deben evitar la arbitrariedad por tanto deben ser objetivas y razonables⁹⁶.

Este modelo comprende tres fases, la primera, existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual; segunda, validez de ese objetivo a la luz de la Constitución; y razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido, que incluye idoneidad o adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁹⁷

Para el autor César Rodríguez el test de razonabilidad es relevante, porque se ha determinado a través de su análisis que un paso procese sólo si el anterior ha sido satisfecho, siendo

⁹⁵ En el caso específico, la Corte señala que la razonabilidad cumple dos requisitos; el primero, perseguir un fin jurídicamente permitido, esto es que era legítimo el fin de la ley (promover un conocimiento más profundo de la lengua de la región por parte de los estudiantes); y como segunda condición, que sea proporcional al fin, aquí el control es estricto, y se analiza que efectivamente la medida tomada si bien procura un objetivo legítimo no violenta el derecho. Se dictaminó que la ley belga era contraria al principio de igualdad porque exigía de algunos de los demandantes y sus hijos un sacrificio como es asistir a colegios distantes, y además que resultaba desproporcionados frente a la importancia de cumplir el objetivo.

⁹⁶ Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, op. cit., p.130

⁹⁷ Véase Anexo 18

innecesario examinar si es adecuada la medida para el logro del objetivo perseguido si no pasa el examen de ser un objetivo constitucionalmente permitido.⁹⁸

Si bien el principio de igualdad ordena tratar de modo distinto a lo que es diferente, también se exige que exista una correspondencia o proporcionalidad en las diferencias de hecho y de derecho. El principio constitucional exige que las singularizaciones normativas respondan a un fin constitucional válido, y que exista coherencia entre el fin perseguido y las medidas adoptadas específicamente cuando se ha delimitado un grupo concreto⁹⁹.

Este modelo ha sido criticado por cuanto se incluye dentro del propio test a la proporcionalidad, así como no se determina con precisión una escala de valoración de la intensidad en el control del principio de igualdad para cada situación.

2.2. Juicio de igualdad con tres tipos de escrutinio (influencia estadounidense)

Su fundamento se encuentra en la decimocuarta enmienda, que exigía la razonabilidad en las diferencias establecidas por la legislatura y la administración¹⁰⁰, para lo cual se estableció dentro de su análisis tres niveles de intensidad dentro del test de igualdad.

El primero de ellos es un escrutinio débil, que requiere que el trato diferente tenga un objetivo legítimo y no sea contrario a la Constitución; y que éste sea viable y adecuado para alcanzarlo.

El segundo se refiere a un control estricto, nace como una medida de protección a los grupos vulnerables o considerados “sospechosos”¹⁰¹ y que han sido discriminados por condiciones sociales, raza, orientación sexual, etc.; se requiere en este control que la medida persiga ya no

⁹⁸ César Rodríguez, op. cit., p.269

⁹⁹ Francisco Rubio Llorente y otros, op. cit., p. 113

¹⁰⁰ César Rodríguez, op. cit., p.281

¹⁰¹ En la sentencia C-093-2001 la Corte Constitucional colombiana precisa que dentro de las categorías sospechosas se incluye: los rasgos permanentes de las personas, de las cuales éstas no pueden prescindir por voluntad propia, a riesgo de perder su identidad; las características han estado sometidas, históricamente, a patrones de valoración cultural que tienden a menospreciarlas; no constituyen, per se, criterios con base en los cuales sea posible efectuar una distribución o reparto racionales y equitativos de bienes, derechos o cargas sociales. Estos criterios considerados sospechosos son los que han estado históricamente asociados a prácticas discriminatorias.

sólo un objetivo no prohibido, sino un objetivo constitucionalmente imperioso para la sociedad y para el Estado y que la medida sea necesaria o indispensable para alcanzarlo.

El escrutinio intermedio, incluye las acciones afirmativas o lo que se conoce como las medidas que toma el Estado para proteger a los grupos tradicionalmente desfavorecidos para intentar beneficiar y no discriminar; es aplicable cuando la medida puede afectar el goce de un derecho constitucional no fundamental, o si existe un indicio de arbitrariedad que se refleja en la afectación grave de la libre competencia¹⁰².

Después de la Segunda Guerra Mundial, y dentro de algunos casos la Corte Suprema en Estados Unidos, estableció que se examinaría con más severidad las diferenciaciones basadas en criterios racionales, señalando que se debe implementar el escrutinio estricto por ser una herramienta de control de la argumentación cuando la diferenciación sea sospechosa (prejuicios racionales), ya que sería únicamente constitucional si es indispensable para satisfacer un interés público imperioso.¹⁰³

En el caso *Craig vs. Boren*, la Corte norteamericana instituyó un escrutinio intermedio para los casos con criterios sensibles, tales como origen o género, y para que la norma sea

¹⁰² Carlos Bernal Pulido, *op. cit.*, pp. 262 -264

¹⁰³ El autor Rodrigo P. Correa se refiere a la nota cuarta contemplada en el proceso *Carolene Products vs. Estados Unidos* como un esfuerzo de resolver adecuadamente la tensión entre democracia y constitución, o entre democracia y liberalismo. La solución sería en torno a la presunción de constitucionalidad de la ley el reconocimiento de dos grados, un grado máximo para las leyes que podríamos llamar normales y uno mínimo para las leyes sospechosas. Leyes sospechosas serían aquellas que abiertamente parecen infringir derechos fundamentales o que se dirigen a grupos definidos por su religión, nacionalidad, raza o cualesquiera otros rasgos que fácilmente permita distinguirlos como grupo minoritario; por lo cual ante casos de inconstitucionalidad flagrante los tribunales podrían declarar la ley inaplicable. Véase *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144 (1938), citado por Rodrigo P. Correa, “Criterios de racionalidad en el examen de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, Santiago de Chile, 2003, pp.24-25

constitucional tiene que perseguir un objetivo importante aunque no necesariamente imperioso¹⁰⁴.

Si este test establece una graduación, que permite al juez constitucional tener flexibilidad en el escrutinio de las medidas diferentes, que no es el caso cuando únicamente se cuenta con un único parámetro para diversos casos; cabría la interrogante qué cuando se aplica cada nivel del test.

Deduciendo algunos doctrinarios, se menciona primero que hay que saber cuándo utilizar los extremos; es decir el escrutinio suave y estricto, siendo el primero para el ámbito al que pertenece la norma acusada de violar el derecho a la igualdad, el segundo para la categoría de los sospechosos, y el intermedio deja abierta la puerta para que la jurisprudencia determine su aplicación¹⁰⁵.

Los autores Tussman y Tenbrock respecto a este modelo de test han incluido las relaciones de subinclusividad y sobreinclusividad, los cuales sirven para la graduación de los parámetros con que se cuente; por ejemplo existirá una vulneración al derecho a la igualdad si estas dos categorías son abiertamente desproporcionadas, y la carga de la prueba recae sobre el afectado y no sobre el Estado¹⁰⁶.

Si bien este test ha incorporado las escalas, encuentra su primer problema para fijar el límite de lo que se entiende por sospechoso, además de ser incompatible con el sistema democrático al aplicarse de manera general el escrutinio débil y excepcionalmente el estricto. Asimismo

¹⁰⁴ Carlos Bernal Pulido, op. cit., p. 265

¹⁰⁵ Véase Anexo 19

¹⁰⁶ Marianne González Le Saux y Oscar Parra Vera, op. cit., pp.130-131

existe una menor calidad analítica que la proporcionalidad por cuanto no analiza que dicho objetivo podría ser alcanzado por un medio igual sin diferenciar.

2.3. Juicio integrado de igualdad

Es integrado el test porque es en base al principio de proporcionalidad (corriente europea) y la intensidad de la aplicación de los subprincipios (juicio norteamericano); claro que inicialmente presentaba falencias y era poco desarrollado por cuanto no llegaba a conciliar eficazmente las dos tesis. Plantea tres etapas de enjuiciamiento¹⁰⁷:

1. Determinación del tipo escrutinio: se analiza “la naturaleza del caso” y que dependiendo si el ámbito de apreciación es amplio el escrutinio de igualdad será débil; casos contrario este será restringido.
2. Juicio de adecuación: cuando existe un juicio de igualdad estricto será necesario que la medida sea útil para alcanzar los propósitos constitucionales, mientras tanto, cuando sea débil únicamente se requiere que exista una relación de idoneidad con el fin legítimo.
3. Juicio de indispensabilidad: cuando el juicio de igualdad es débil basta que la medida no sea manifiesta además sea innecesaria; en tanto que cuando es rígido se requiere que la diferencia sea necesaria e indispensable.

2.4. El test integrado de igualdad como juicio de proporcionalidad

Para evitar vulneraciones al derecho a la igualdad y para precisar una mejor solución objetiva en un conflicto entre derechos, la Corte Constitucional colombiana ha desarrollado un test de

¹⁰⁷ Carlos Bernal Pulido, op.cit., pp. 272-273

proporcionalidad, con el objetivo de hacer rigurosa la interpretación judicial y evitar subjetividades o juicios de valor previos que vulneren los derechos fundamentales.

Para saber cuando el derecho a la igualdad está controvertido hay que definir seis vértices sobre los cuales se aplicará la regla respectiva, en primer lugar hay que determinar si existe un trato diferenciado, segundo, si existe un objetivo específico a través del trato diferenciado, tercero, validar un objetivo a la luz de lo dispuesto en la Constitución, cuarto, comprobar la razonabilidad, es decir que dicha distinción sea adecuada y necesaria, además que efectivamente exista conexidad entre el trato diferenciado, el objetivo perseguido y la medida aplicada; quinto, se examine en sí misma la proporcionalidad para que no se sacrifiquen principios constitucionales de mayor jerarquía; y, sexto la graduación de la intensidad.

Plantea el autor Bernal Pulido que este juicio tiene que estar adecuado a la prohibición de discriminación así como el deber de la igualdad de promoción y protección de los desfavorecidos, y que para el cumplimiento debe seguir las siguientes reglas¹⁰⁸:

a) Presupuestos.- el primer presupuesto de “la aplicación de este juicio consiste en la constatación de que la medida cuya constitucionalidad se examina, representa una intervención o una injerencia en una norma o posición adscrita prima facie¹⁰⁹ al principio de igualdad”¹¹⁰, para lo cual tiene que cumplirse las siguientes instrucciones:

- Por regla general se prohíbe el trato diverso, siendo contrario a la prohibición de discriminación; caso contrario cuando exista esa diferenciación la constitucionalidad debe justificarse.

¹⁰⁸ Carlos Bernal Pulido, op. cit., p. 274

¹⁰⁹ Locución latina de uso frecuente en las actuaciones judiciales, que quiere decir a primera vista o en principio, con lo que se da a entender la apariencia de un derecho o de una situación, pero sin que con ello se prejuzgue el asunto. Véase Manuel Ossorio en Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Buenos Aires, Ed. Eliasta, 2000 pág. 795

¹¹⁰ Carlos Bernal Pulido, op. cit., p. 274

- El deber de promoción y protección se refiere cuando exista un trato igualitario entre los individuos cuyas circunstancias deben ser favorecidas por el Estado y los demás destinatarios de la ley, se debe justificar dicho tratamiento.

Respecto al segundo presupuesto que debe cumplirse, en cuanto al análisis es el tipo de escrutinio que se considerará para interpretar, que puede ser débil, medio o estricto¹¹¹. Cabe señalar que este análisis comprende la intervención de los “criterios potencialmente discriminatorios”¹¹² subsumidos en la normativa constitucional. Se consideran las siguientes reglas:

- Se debe aplicar un escrutinio estricto cuando exista un trato diferente fundamentado en algún criterio potencialmente discriminatorio¹¹³.
- Un escrutinio débil se lo considerará ante un trato diferente no fundado en algún criterio potencialmente discriminatorio.
- Cuantas más razones indiquen que un trato diferente intenta desarrollar los deberes de promoción y protección de los desfavorecidos (acción afirmativa), más razones habrá para aplicar un escrutinio intermedio.
- Cuando concurren razones que fundamenten la aplicación de más de uno de los tipos de escrutinio, deberá aplicarse el escrutinio más débil.

¹¹¹ “Cuando el test es estricto, el trato debe constituir una medida necesaria para alcanzar el objetivo constitucionalmente imperioso, mientras si el test es flexible o de mera razonabilidad, basta que con la medida sea potencialmente adecuada para alcanzar un propósito que no esté prohibido por el ordenamiento”. Citado por Comisión Colombiana de Juristas “El Papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado Social de Derecho”, en Boletín Jurídico, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2003, p. 17

¹¹² Bernal Pulido también se refiere como un ejemplo de criterios discriminatorios una diferenciación basada en el criterio de la raza, que implica una afectación intensa de la prohibición de discriminación, así como una diferenciación basada en los méritos sería una afectación muy leve de la misma.

¹¹³ Para el autor César Rodríguez la graduación del test se logra en cada una de las etapas, de tal forma, que el test suave se examina débilmente la validez del fin, como la adecuación medios-fin y la proporcionalidad entre beneficios y perjuicios, mientras que en el test estricto son severamente analizados. El test suave en sí mismo acarrea una presunción de constitucionalidad del acto demandado mientras que en el otro la presunción es de inconstitucionalidad. Véase César Rodríguez, op. cit., p. 285.

- Cuantas más razones existan para demostrar un trato paritario o igual que desconoce los criterios de promoción y protección se debe aplicar un escrutinio estricto.
- Ante más razones de un trato paritario que no desconozcan alguno de estos criterios es necesario considerar un escrutinio débil.

b) Subprincipios de proporcionalidad:¹¹⁴ existen tres principios que deben considerarse en esta fase, de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹¹⁵:

- La idoneidad se refiere a que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser adecuada para lograr el objetivo constitucionalmente legítimo, por lo cual tiene que existir una legitimidad constitucional¹¹⁶ y la idoneidad como tal.

Existen las siguientes reglas para la prohibición de discriminación:

- Cuando se requiere que un trato diferente sea la medida más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso el escrutinio debe ser estricto.
- Cuando se pretende que el trato diferenciado tenga algún grado de idoneidad para alcanzar un fin no prohibido por la Constitución el escrutinio es débil.
- Cuando hay un trato diferente esencialmente idóneo para promocionar o proteger a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, el escrutinio será intermedio.

¹¹⁴ Véase Anexo 20

¹¹⁵ Carlos Bernal Pulido, op. cit., pp. 276-277

¹¹⁶ “La legitimidad de una constitución deriva puntualmente de la genuinidad del órgano que la crea, toda vez que el efecto participa de la naturaleza de la causa. Por consiguiente, para determinar si una constitución es legítima, hay que establecer si su autor también lo fue; y como la producción constitucional reconoce diversas fuentes según el régimen jurídico-político de que se trate, la metodología para solucionar dicha cuestión debe ser de carácter histórico”. Citado por Anónimo, “Legitimidad constitucional”, en <http://derechomx.blogspot.com/2011/04/la-legitimidad-constitucional.html>

Las siguientes reglas forman parte del deber del Estado de proteger a grupos minoritarios en resguardo del principio de igualdad.

- Ante todo trato paritario o semejante, la medida debe ser la más idónea para alcanzar un objetivo constitucionalmente imperioso, por lo cual el escrutinio tiene que ser estricto.
- El escrutinio débil se considerará cuando todo trato paritario tenga algún grado de idoneidad para alcanzar un fin establecido por la Constitución.
- Necesidad¹¹⁷: expone que para que una intromisión sea necesaria en los derechos fundamentales, no puede existir ningún otro medio alternativo o sustitutivo de al menos la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado; por lo cual es un ejercicio de comparación entre la medida (medio alternativo y menor intervención) y los medios empleados para el fin.

Respecto a la prohibición de discriminación existen las siguientes directrices:

- De acuerdo al subprincipio de idoneidad, en un trato diferenciado no existe ninguna otra alternativa para alcanzar el objetivo constitucional, por lo cual el escrutinio estricto no implicará ninguna injerencia al principio de igualdad.
- En cuanto a un trato diferente necesario donde no puede existir alguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, y que no implique una injerencia en el principio de igualdad o implique una injerencia de menor grado se aplicará el escrutinio débil.

¹¹⁷ Carlos Bernal Pulido, op. cit., p. 278

- Respecto al escrutinio intermedio se lo considerará cuando haya un trato diferente necesario, y que no exista medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para promocionar o proteger a alguno de los grupos o individuos desfavorecidos, y que no implique una injerencia en el principio de igualdad o implique una injerencia de menor grado.

Ante el deber de promoción o protección, derivado de la igualdad, deben aplicarse las siguientes reglas:

- Cuando se aplica el escrutinio estricto a un trato paritario es indispensable que no exista ninguna medida alternativa que revista la misma idoneidad para alcanzar el objetivo constitucionalmente necesario, y que no implique una injerencia en el deber de promoción y de protección o implique una injerencia de menor grado.
- El escrutinio débil se considerará cuando ante un trato paritario no exista ninguna medida alternativa que revista una idoneidad equivalente o mayor para fomentar el fin legítimo, y que no implique una injerencia en el deber de promoción y de protección o sea una injerencia de menor grado.
- Proporcionalidad¹¹⁸: se realiza una comparación entre dos intensidades o grados, el de la realización del fin de la medida examinada y el de la afectación del derecho fundamental.

Cuando se trata de la prohibición de discriminación, el principio de proporcionalidad en sentido estricto se debe considerar las siguientes reglas argumentativas:

¹¹⁸ Carlos Bernal Pulido, op. cit., p. 279

- La aplicación del escrutinio estricto, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de ejecución del objetivo constitucionalmente necesario debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.
- Respecto al escrutinio débil, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de ejecución del fin legítimo debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.
- Para el caso de la aplicación del escrutinio intermedio, para que un trato diferente sea proporcional en sentido estricto, el grado de promoción o protección de los grupos o individuos desfavorecidos, debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación del principio de igualdad.

Cuando se procura el deber de protección producto de la igualdad, deben aplicarse las reglas siguientes:

- Para que un trato paritario sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del objetivo constitucionalmente imperioso debe ser por lo menos equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.
- Si se aplica el escrutinio débil, para que un trato paritario sea proporcional en sentido estricto, el grado de realización del fin legítimo debe ser por lo menos equivalente al grado de no realización del deber de promoción y protección.

La estructura mixta del test permite que se evalúe tanto el contenido de las leyes como la tutela de los actos concretos de particulares y autoridades, de distinta manera se aborda cada

tema incluso se tomará en cuenta las diferenciaciones; para mejor ilustración me referiré a dos casos de la Corte Constitucional colombiana que recoge el autor César Rodríguez¹¹⁹:

1. Sentencia T230/93 (aplicación del escrutinio estricto): Parte de las disposiciones constitucionales que prohíben la discriminación sea por cualquier motivo, y que en el caso referido la empresa a través de una serie de políticas y regulaciones internas segregaba a los trabajadores sindicalizados con muchos menos beneficios que para los no agremiados, configurándose una actitud inequitativa por parte del empleador y por ende discriminatoria.
2. Sentencia C-342/96 (aplicación escrutinio débil): El caso analiza las condiciones especiales otorgadas a los trabajadores para comprar acciones de empresas en procesos de privatización, la Corte no realizó un control exigente de las condiciones económica y por el contrario no se consideró la disposición constitucional que garantizaba el eficaz derecho a la distribución accionaria que tenía la finalidad promocional de la igualdad.

El test de proporcionalidad aplicado en la justicia constitucional permite que el juez no sólo examine la constitucionalidad de la finalidad perseguida por la medida utilizada sino además si la reducción del derecho es proporcional a la luz de la importancia del principio afectado¹²⁰. Parte del análisis para determinar si el trato diferente y la restricción a los derechos constitucionales son adecuados para lograr el fin perseguido, y si son necesarios en el sentido de que no se sacrifiquen otros principios constitucionales para alcanzar el fin perseguido que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer.

¹¹⁹ César Rodríguez, op. cit., p. 287

¹²⁰ Comisión Colombiana de Juristas, op. cit., p. 17

El test de razonabilidad encierra una interpretación antiformalista frente a problemas concretos del derecho a la igualdad, pero esconde algunos obstáculos; primero, el test acarrea trascendencia política por cuanto la decisión en un caso de igualdad, facilita la crítica y el control de la actividad de la Corte por parte de la comunidad jurídica y además le da uniformidad a las argumentaciones en la construcción de la jurisprudencia constitucional y por ende en la decisión de jueces, funcionarios públicos y ciudadanos en general¹²¹; y segundo, al ser un proceso sistemático en la decisión de los jueces, podría interpretarse que se deja a un lado la ponderación de derechos y únicamente se sigue un silogismo, premisas definidas por la lógica y mecánica que atentarían la interpretación razonable.

3. Aplicación del test de igualdad como juicio de proporcionalidad a casos concretos.

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T352 de 1997, con mucha precisión señala que el test o juicio integrado de constitucionalidad:

Combina las ventajas del análisis de proporcionalidad de la tradición europea y de los test de distinta intensidad estadounidenses, (...) Implica entonces que la Corte comienza por determinar, según la naturaleza del caso, el nivel o grado de intensidad con cual se va a realizar el estudio de la igualdad, para luego adelantar los pasos subsiguientes con distintos niveles de severidad. Así, la fase de “adecuación” tendrá un análisis flexible cuando se determine la aplicación del juicio dúctil, o más exigente cuando corresponda el escrutinio estricto. Igualmente sucederá con los pasos de “indispensabilidad” y “proporcionalidad en estricto sentido”¹²².

¹²¹ César Rodríguez, op.cit., p. 288

¹²² Véase Corte Constitucional de Colombia, Caso “Casa sobre la Roca -Iglesia Cristiana Integral - contra la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales –DIAN”. Sentencia T352-1997, de 30 de julio de 1997, citado por Silvana Insignares-Cera

El concepto de igualdad admite hacer un ejercicio de razonamiento entre una relación comparativa de por lo menos dos elementos, pero dicha relación se precisa únicamente a lo atinente a la de igualdad y no la de mera semejanza, y menos aún a la de superioridad ni la de inferioridad, que niegan frontalmente la idea de igualdad, y de ahí la ironía de la frase de Rebelión en la granja: “Todos los animales son iguales, pero unos son más iguales que otros”¹²³.

Estas acotaciones nos traen el problema que acarrea la exégesis del Derecho y por ende al intérprete jurídico, cuya labor es “establecer un puente entre una norma dictada en el pasado y los hechos presentes que constituyen un caso que debe ser resuelto, (...) bien para dar mayor peso al texto de la norma y guardar fidelidad al pasado (...) o privilegiar las exigencias del caso concreto, incluso si eso requiere alejarse del texto de la norma pre-existente”¹²⁴.

Al mismo tiempo es también cierto que entre este puente existe un infinito de situaciones fácticas que multiplica las situaciones jurídicas y por ende para el juzgador simplificar la complejidad de equiparar a todos como iguales es sumamente ilusoria y acarraría que la norma no sea válida. He ahí el problema que se pretende explicar en esta tesis respecto a la aplicación del principio de igualdad dentro de las audiencias de flagrancia, considerando como iguales a personas que son entre sí extremadamente diferentes en todo, así como situaciones similares que recibieron un trato diferente.

y otra, “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la Corte Constitucional Colombiana”, 124 Vniversitas, Bogotá, 2012, p. 95

¹²³ El autor indica que de todas formas, la idea de semejanza es ambigua y en uno de sus significados puede equivaler, con alguna matización, a la de igualdad. Véase Alfonso Ruiz Miguel, “Sobre el concepto de igualdad”, en Miguel Carbonell, comp., El Principio constitucional de igualdad, México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2003, p.44.

¹²⁴ César Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho de igualdad”, en Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional en el año de consolidación, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 1998, p. 261

Cabe señalar que la Corte Constitucional ha señalado este test como mecanismo de análisis de los casos sobre conflictos del derecho a la igualdad.

El principio de igualdad no impone, naturalmente, que todos los sujetos de derecho, todos los destinatarios de las normas, tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones, o lo que es lo mismo, no impide en modo alguno anudar a situaciones distintas-diferentes consecuencias jurídicas; ni siquiera estorba el que la norma considere parte de la situación rasgos o determinaciones personales. El Derecho opera justamente mediante la definición de supuestos de hecho de los que surgen consecuencias jurídicas (derechos, obligaciones, facultades o competencias, sanciones penales, etc.) para unos determinados sujetos, que son así diferenciados respecto de quienes no se encuentran en la misma situación y por ello puede decirse, sin exageración alguna, que lo propio del Derecho es establecer diferencias¹²⁵.

El autor César Rodríguez se refiere a que desde Aristóteles señala como deficiente a toda ley por cuanto en términos generales no puede comprender toda la multiplicidad de situaciones concretas y por ende resolver cada caso; por esta razón se debe completar con la equidad. Este instrumento con el que cuenta el exegeta sirve para que pueda adaptar la ley a los hechos¹²⁶.

Para los formalistas esta flexibilidad en la interpretación va en contra de la seguridad, certeza, previsibilidad del caso y se privilegia la fidelidad del texto; pero se demuestra que en la práctica se ha flexibilizado las reglas jurídicas concretas a través de criterios como la buena fe. Existiendo confrontación entre los hechos y la norma, representados a través de críticas y defensas a posturas como el positivismo vs. iusnaturalismo, formalismo vs. realismo, etc., todas estas discusiones han sido tratadas por diferentes cortes y tribunales en varios países, las

¹²⁵ César Rodríguez, op.cit, p.260.

¹²⁶ César Rodríguez, "El test de razonabilidad y el derecho de igualdad", p.261.

mismas que han analizado el valor de un silogismo y premisas así como razonamiento y cuestión de las proposiciones.

La Corte Constitucional colombiana ha evidenciado la colisión de los criterios formalistas y sus posturas opositoras, cuyo análisis se ha evidenciado en distintas sentencias, tal como la sentencia T406/92 que enunciaba la pérdida de la importancia consagrada del texto legal, emanada de la voluntad popular a través de los legisladores, y la preocupación por la justicia material y el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos¹²⁷.

Este ejemplo citado es importante para demostrar la complejidad que puede traer interpretar una situación fáctica como discriminatoria o no, así como la prevalencia de textos legales sobre principios constitucionales; para cuyo efecto se han extraído varios test conocidos el de igualdad o razonabilidad¹²⁸.

3.1.Propuesta de aplicación del test de igualdad como juicio de proporcionalidad

De las resoluciones revisadas durante el mes de agosto de 2012 dentro de la Unidad de Delitos Flagrantes de la ciudad de Quito, no se pudo deducir un adecuado juicio de valor para decidir sobre la medida cautelar, únicamente se hace referencia al cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Penal, manejado a manera de formatos para las resoluciones adoptadas.

¹²⁷ Véase Sentencia T406/92 (Tutela para exigir a autoridades administrativas la garantía de la prestación de servicios de acueducto y alcantarillado), citado en César Rodríguez, “El test de razonabilidad y el derecho de igualdad”, p. 264-265

¹²⁸ Cabe señalar que dentro de algunos ordenamientos europeos incluso el norteamericano hay fórmulas jurídicas de decisiones razonables, consecuencias jurídicas aceptables e inaceptables que defienden las posturas anti formalistas con el objeto de evitar consecuencias irrazonables de la aplicación de la ley.

Y la problemática de no tener una fundamentación adecuada nos lleva a deducir en primera instancia que existe un trato discriminatorio ya que ante dos situaciones similares fácticamente se adopta distintas resoluciones, además de que no se permite un análisis por falta de información para determinar que criterio maneja el juzgador.

Ante esta problemática, como metodología considero que para una correcta motivación del juez al disponer una medida cautelar se puede contemplar el test integrado de igualdad como juicio de proporcionalidad.

Plantearé un modelo de análisis del tipo penal con mayor incidencia porcentual respecto a delitos flagrantes, en donde se expondrá los elementos fácticos, posteriormente se describirá el problema jurídico relativo a la igualdad; y, finalmente se pasará por el test, primero, para determinar el nivel de intensidad (leve, intermedio o estricto) y segundo, el nivel de proporcionalidad de la medida que a criterio del juzgador debe aplicarse para la obtención de los fines propuestos, necesidad y relación medida y fin propuestos. Cabe señalar que lo que interesa es la correcta motivación y análisis de la situación que realice.

a. Robo.- Elementos fácticos del caso planteado

A la madrugada del domingo 15 de marzo de 2013, la denunciante M.A.R.S. escucha ruidos de las aves que tiene en su rancho, y al momento que sale verifica que le están robando los gallos de pelea, grita para impedir que le roben, más los sujetos le amenazaron de muerte; ante esto salen los familiares y emprenden una persecución. Se encuentran con una patrulla en la vía, quienes les colaboran y los detienen en el sector El Chontal.

Se detienen a dos personas, el primero J.E.V.Z. no registra detenciones anteriores, es de nacionalidad ecuatoriana, tiene 25 años, es guardia de seguridad y tiene educación secundaria, reside en la ciudad de Quito junto a sus padres por el lapso de diez años.

El ciudadano colombiano J.J.Z.P., tiene 27 años, registra en diciembre del 2011 un proceso por tenencia de arma sin el permiso respectivo, es comerciante informal, realizó la primaria únicamente. Tiene un carnet de refugiado, vive en la ciudad de Quito desde el 2009 junto a su esposa e hijo de dos años de edad, quienes también tienen dicha calidad migratoria.

En poder de las dos personas se les encuentra las evidencias (dos motocicletas y dos gallos de pelea). Los detenidos presentan como parte de su defensa para la determinación de la medida cautelar contratos de arrendamiento de vivienda, el primero además adjunta un contrato de trabajo suscrito desde el 2009.

b. Problema jurídico

En el caso planteado para el juzgador sobrevendría un proceso de racionamiento para determinar cual medida cautelar es la acertada, tomando en cuenta la distinta nacionalidad de los detenidos así como la ocupación actual, y condiciones personales particulares como el elemento del refugio, residencia habitual en la ciudad de Quito y existencia de antecedentes penales previos.

Las reglas aplicables del test de igualdad siempre nos refieren que hay que definir con claridad cada parámetro para establecer qué tipo de escrutinio es el correcto, es decir si aprueba no estaríamos ante una situación de desigualdad mientras que si no supera sería una situación discriminatoria.

c. Aplicación del test de igualdad al caso concreto

Respecto a la aplicación de las medidas cautelares tenemos algunas categorías consideradas sospechosas¹²⁹ de acuerdo a lo señalado anteriormente, por lo que corresponde al juez analizar desde el punto de vista del escrutinio estricto de acuerdo al test integrado de igualdad para determinar un posible grado de discriminación en la decisión que se va a adoptar y evitar cualquier tipo de discrecionalidad contrario a la igualdad.

¿Existiría o no un tratamiento diferenciado al aplicar distintas medidas cautelares sin la debida motivación a los dos detenidos?, este indicador es necesario para partir con el análisis de igualdad y se constituiría el primer presupuesto para validar la decisión del juzgador.

En esta fase se contempla:

- Principio de idoneidad: el razonamiento consiste en valorar que medida podría considerarse idónea para los detenidos F.I.S.B. y P.M.M. para alcanzar el objetivo señalado.

Debería el juez plantearse interrogantes sobre las cuales va a desarrollar su observación a la solicitud de medida cautelar planteada en la audiencia de flagrancia, en las que se incluyen: ¿La relación entre ser ecuatoriano o extranjero es o no estricta, de suerte que pueden existir nacionales que se den a la fuga en cambio extranjeros-refugiados que aseguren su permanencia en el país?, ¿ La ocupación de guardia de seguridad garantiza el

¹²⁹ El autor Fernando Galeano señala dentro del ámbito de aplicación del test que el escrutinio estricto debe aplicarse a las siguientes materias: 1) En caso de una clasificación “sospechosa” respecto al concepto de igualdad real- efectiva, prohibición de establecer o consagrar discriminaciones por razón de sexo, raza, origen nacional o familiar, posición económica, 2) cuando la medida recae principalmente en personas en condiciones de debilidad manifiesta, grupos marginados o discriminados o sectores sin acceso efectivo a la toma de decisiones, 3) cuando la medida afecta prima facie gravemente el goce de un derecho constitucional fundamental; y, 4) cuando se examina una medida que crea un privilegio . Véase Fernando Galeano , “Test de igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en Revista La Corte Bajo la Lupa, Informe No. 4, Bogotá, Observatorio Constitucional- Universidad de los Andes, 2011, p. 11

debido arraigo social para ordenar una medida alternativa a la prisión preventiva?, ¿Influye o no el nivel de educación a criterio del juez para que los procesados no se fuguen?, ¿Los antecedentes penales de uno de los detenidos es decisivo para ordenar prisión preventiva en este caso?, y ¿ El arraigo social se demostraría únicamente con la presentación de los contratos de arriendo o es necesario revisar la situación familiar de los procesados?.

Estas inquietudes tienen un factor común, revisar la idoneidad de la medida cautelar y si es necesaria la restricción de un derecho fundamental, como es la libertad personal, siendo necesario la constatación de los medios previstos legalmente para lograr el fin perseguido y si son adecuados o no para alcanzar efectivamente dicho fin, es decir el efecto protector de la medida en relación con el interés o valor que se quiere favorecer debe aparecer demostrado claramente”¹³⁰.

- Principios de necesidad: Conforme a este principio, la aplicación de las medidas cautelares solo se justifica en la medida en que las finalidades del proceso (presencia del imputado y aseguramiento de las fuentes de prueba) no puedan ser garantizadas por otra vía menos perjudicial para el imputado. Como se ha indicado se requiere que la decisión debe ser necesaria para lograr un objetivo imperioso, y que no exista otro medio menos gravoso para solucionar la situación, en este caso es evidente que no puede existir una contradicción.

Empleando el método del test de igualdad, cuando la ley establece obligaciones mínimas para recibir un beneficio o derecho se está sujeto a un juicio de igualdad leve; mientras

¹³⁰ Véase Corte Constitucional de Colombia, Caso “Sobre el alcance del principio de proporcionalidad como herramienta hermenéutica”. Sentencia C-022 de 23 de enero de 1996. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

que, las normas que establecen o restringen ciertos derechos o de un determinado beneficio tienen que mirarse estrictamente. Habría que mirarse en el caso si la medida adoptada es necesaria aun cuando implique una intromisión en los derechos fundamentales y claramente no existe otra medida alterna de igual idoneidad que sirva para garantizar el cumplimiento del objetivo planteado.

Existe una relación entre la Constitución específicamente el Art. 77 numeral 1 y el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, por cuanto en la ley se deriva la materialización del principio constitucional, y claramente se admite alternativas de interpretación; como se indica en la Sentencia C-093 de 2001 por la Corte Constitucional colombiana que no se podría pretender que la Constitución sea eje y factor de unidad y cohesión de la sociedad si la amplitud de la materia que abarca, no pudiera remitirse a las normas abiertas que la integran y que permiten su permanente vinculación y adaptación a la realidad¹³¹.

De acuerdo a este subprincipio, se trata una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, este ejercicio debe referirse a la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo y el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental.

- Principio de Proporcionalidad: No basta con que la medida cautelar pueda estimarse materialmente necesaria, sino que, además, deberá estar debidamente adecuada a las circunstancias del caso en concreto.

¹³¹ Véase Corte Constitucional de Colombia, Caso “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 89 (parcial) del Decreto 2737 de 1989: Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana”. Sentencia C-093 de 2001 de 31 de enero 200, citado por Silvana Insignares-Cera y otra, op. cit. p.105

El criterio de la proporcionalidad, de conformidad con este test, señala un factor importante para medir el perjuicio que se podría ocasionar a un grupo discriminado con base del criterio de "sospechoso".

Respecto a esta cuestión, la proporcionalidad sirve para la ponderación entre principios constitucionales, por ejemplo cuando en la solución de un caso particular dos o más derechos entran en colisión, ya que la aplicación plena de uno de ellos acarrea a la reducción significativa del otro; ahí es cuando el juzgador debe establecer hasta dónde tal disminución justifica el grado de afectación del derecho ¹³²afectado.

Para efectuar esta parte del test, se debe tomar en cuenta que el trato desigual no afecta al principio de proporcionalidad si es adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; o si es necesario, es decir, que no existe un medio menos gravoso en términos del sacrificio de otros principios o derechos constitucionales, para alcanzar el fin válido; y además si es proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tienen un mayor valor en el ordenamiento que aquél que se pretende satisfacer con el trato diferenciado¹³³.

La pertinencia del objetivo que se busca alcanzar dando trato diferente a las personas, pues a la luz de las normas de la Constitución, solo es admisible cuando ese objetivo sea constitucional y únicamente entonces dicha diferencia podría ser admitida como no discriminatoria.

¹³² Véase Corte Constitucional de Colombia, Caso "Legitimación por activa y legitimación por pasiva en tutela". Sentencia T-555/11, de 8 de julio de 2011

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-555-11.htm>

¹³³ Véase Corte Constitucional de Colombia, Caso "Igualdad ante la ley/igualdad de oportunidades/concurso de méritos/carga de la prueba". Sentencia No. T-422/92 de 19 de junio de 1992

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-422-92.htm>

El Art. 75 de la norma constitucional señala que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. Aunque el objetivo de que el proceso se de con todas las garantías para los sujetos procesales, existen otras medidas que restringen en menor proporción el derecho conculcado, guardando armonía con el principio a la igualdad, tomando en cuenta siempre los fines que persiguen dichas medidas.

Sin embargo, analizando la proporcionalidad que pueda existir entre el desmedro que generaría el trato diferenciado y el beneficio que con él se consigue, presuntamente en procura del fin perseguido, se debe ponderar los principios constitucionales, es decir buscar la solución de un caso particular, cuando dos o más derechos están en conflicto para hasta dónde tal reducción se justifica a la luz de la importancia del derecho afectado para el ordenamiento jurídico.

- Principios de racionalidad: Ajustado a este principio las medidas cautelares de coerción son la garantía fiel de la acción punitiva del estado, siendo que el Juez está obligado a alimentarse de todos los factores del entorno en cuanto al imputado y al ilícito, tratando de no desnaturalizar, ni las medidas que favorecen al imputado, ni las que favorecen al Estado, en función de la defensa social.

Se contempla en el test dentro de este punto, el peligro de obstrucción de la investigación, la existencia de un indicio racional del cual se infiera que el imputado destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará la prueba o pruebas existentes, relacionadas con el delito; podría influir en los demás imputados o en los testigos o peritos, para que

informen falsamente sobre lo que saben o para que se comporten de manera desleal o reticente; o induciría a otros interesados a observar los comportamientos previstos en numeral anterior.

Además se contempla en el examen de la razonabilidad el riesgo fundado de que el imputado se reintegre a la organización delictiva a la que hay sospecha que pertenece y, utilice los medios que ella le brinde para entorpecer la investigación o facilitar la fuga de otros imputados; así como que el imputado atente o ejecute actos de represalia en contra del acusador o renunciante.

Esta herramienta hermenéutica permite tener un criterio objetivo para el empleo adecuado de la medida cautelar dentro de los procedimientos por delitos flagrantes, considerando que la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva exige el cumplimiento de requisitos establecidos en el Código, por lo que tiene que analizarse en su conjunto no de manera aislada, sin embargo los operadores de justicia deberán estar atentos para evitar que el procesado pueda sorprenderlos, simulando estar dispuesto a someterse al proceso penal cuando en realidad pretende evadir u obstaculizar el mismo, así como puede darse el caso contrario y que por presión tenga que tomar dicha medida. Debiendo motivar y fundamentar en la resolución los motivos en que se basa para dar lugar o no a la solicitud planteada en el caso concreto.

Corresponde luego de la motivación planteada, analizar la resolución que del caso hipotético expuesto se adecuaría a un análisis completo y motivado que indique como se justificaría la medida adoptada; el Juez de Garantía Penales parte de verificar si los detenidos aseguran suficiente arraigo o predisposición para cumplir con las medidas cautelares y comparezcan en todas las etapas del proceso.

Si bien suponiendo que en el presente caso el Fiscal solicite medidas cautelares, se analiza la pertinencia de estas; a partir de lo anotado, el primero de los detenidos figura una estabilidad laboral de aproximadamente cuatro años, además de que su aporte económico a sus padres demuestra que tendría un arraigo social, laboral y familiar fuerte. La situación del segundo detenido, para el juzgador perceptivo no sólo valoraría el ser extranjero sino la situación de refugiado y además de que su esposa e hijo viven en similar situación migratoria en el país.

El hecho es que la medida cautelar admitida por el juzgador de ninguna manera puede dejar de ser idóneamente equivalente a la otra opción, ya que añade un menoscabo a un derecho, y obviamente no significa un merma inferior sino es sustancial el que se opte por la privación de la libertad. Por lo cual si hacemos dicho ejercicio de razonamiento, la prisión preventiva no necesariamente es la correcta si contamos que uno de los detenidos ha justificado a través de certificados que goza de estabilidad laboral y que mantiene a su padres, por lo que las opciones de riesgo de fuga es menor a que no se presente periódicamente ante el juzgado, por ejemplo si se adopta esta medida. En cuanto al segundo detenido, tiene un status migratorio especial, lleva algunos años viviendo en el país junto a su familia, cabría interrogarse si podría abandonar el país y retornar al suyo o descartar la idea de fuga; me permito señalar que la prisión preventiva debe garantizar la comparecencia al proceso y este mecanismo en principio puede parecer idóneo, no necesariamente lo es y la afectación negativa llega a ser más elevada de lo que pudiera obtenerse, resultando contraproducente en la medida en que el detenido no cuente con los medios económicos para su defensa así como la manutención de su hogar, produciendo una situación de indefensión y ahí si riesgos contra la igualdad y de dignidad.

Se contempla en el análisis que el detenido tiene una legítima expectativa de tener un proceso justo e igual derecho a la defensa, que no goza ya por cuanto la presunción de inocencia se ve mermada.

En este caso cualquier distinción que radique en la nacionalidad de los detenidos resulta inadmisibles, así como una medida cautelar que sea distinta a los dos detenidos es desproporcionada y abiertamente violatoria del derecho a la igualdad., ya que se ha demostrado un arraigo social fuerte de los detenidos lo que aseguraría la aplicación de otra medida distinta a la prisión preventiva.

Del caso presentado pueden extraerse tres ideas generales: La nacionalidad de una persona no constituye un factor relevante para garantizar que en este caso los detenidos comparezcan al proceso; es inadmisibles que una persona que ha justificado su arraigo social por presiones externas en el juzgador la decisión de la medida cautelar perjudique su situación; y, fijar la presentación periódica al juzgador y la prohibición de salida del país, asegura mejores condiciones en la defensa y a su vez minimiza los riesgos de usar la prisión preventiva erróneamente. Esto demuestra que constituye una medida idónea para alcanzar el fin propuesto, porque cumple la función de asegurar que el proceso penal siga su camino una vez que se ha iniciado la instrucción fiscal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

De lo analizado en el presente trabajo, se colige que la evolución de la justicia penal ecuatoriana no se ha adaptado al garantismo constitucional, ya sea porque la costumbre de cada uno de los ordenadores de justicia ha cerrado la posibilidad de reformas y mejoras o porque se lleva al positivismo encasillado como un modelo de statu quo. Es necesario acotar que en los procesos se necesita que se precautele las garantías del debido proceso, la igualdad y no discriminación como los procedimientos de flagrancia.

Es necesario precisar es que en primera instancia a nivel estructural, se dictaminen políticas no discriminatorias y de igualdad a quienes son grupos relacionados con escasos recursos económicos, grupo racial o conducta delictiva anterior, ya que de lo expuesto en estos capítulos existe discriminación y racismo en la sociedad ecuatoriana; en segundo lugar, debe adoptarse medidas y correcciones a la forma para evitar violar preceptos constitucionales y pactos internacionales en materia de derechos humanos.

Ahora bien, con la posibilidad que el sospechoso se encuentre con aquel que le intima en forma directa el hecho, con un defensor que expone su estrategia con claridad y con el juzgador que recepta directamente las pretensiones, parece generar un ámbito más propicio y acorde al mandato constitucional establecido en los artículos 11 numeral 2, 66 numera 4 de la Constitución de la República.

Quisiera anotar que teniendo en cuenta las posturas planteadas y los casos analizados, el rol del Juez de Flagrancias es decisivo por ser el primer llamado a garantizar que se cumplan los

principios del debido proceso, y de este dependerá que fundamente y motive adecuadamente su resolución y que por la deficiencia de argumentos en sus resoluciones llegue a establecerse que existen rasgos discriminatorios y se ha llevado por concepciones basadas en estereotipos sociales, presión de la prensa y medios de comunicación, que conlleve a aplicar indebidamente las medidas cautelares¹³⁴.

La concepción de imparcialidad como “ausencia de prejuicios y no tomar partido”, lleva inmerso dos conceptos fundamentales el de la imparcialidad subjetiva y objetiva; la primera se refiere a la relación personal entre el juez y la parte, y la segunda se relaciona con el problema de la parcialidad del juez por motivos funcionales, independientes de su actitud personal.

Es importante partir de la concepción del racismo, discriminación y la realidad ecuatoriana a través de estadísticas como parámetros generales de análisis, para adentrarse en el problema de establecer estereotipos sociales, criterios criminalizantes y conceptos estructurales en la sociedad que vulnera el principio de igualdad en actuaciones judiciales.

De la revisión del material estadístico se anota que el 52% entiende que es el racismo, comprensión que se constata en mayor medida en los sectores más ricos y urbanos de la sociedad, los sectores indígenas de la población son el grupo social de los encuestados que menos comprensión tiene del tema.

Del levantamiento de información con que se cuenta a través de las estadísticas revisadas, el grupo concebido como segregacionista y racista es la población blanca, incluso atendiendo su propia apreciación. Los grupos raciales afroecuatoriano e indígena son víctimas reales de

¹³⁴ Los ilícitos investigados y sancionados en los procesos de flagrancia de las estadísticas anotadas no se encasillan en delitos completos, cuya incidencia social es mucho mayor en la sociedad, porque generalmente están vinculados a grandes organizaciones criminales o al manejo de fondos públicos, son los delitos conocidos como comunes.

racismo, que tienen que vivir con dicha realidad cotidianamente, juicio contrario a la política gubernamental del estado ecuatoriano que propugna como un país pluricultural; por lo que se demuestra que la discriminación es un problema estructural.

En cuanto a la segunda parte de este estudio, se estudió el procedimiento de flagrancia como tal y específicamente lo relativo a las medidas cautelares y la prisión preventiva en cuanto a su debida aplicación guardando concordancia con los principios y garantías procesales, que protegen al ciudadano para que el ejercicio del poder penal del Estado no sea aplicado en forma arbitraria, de allí la importancia de que no se contemple excepcionalmente las medidas sustitutivas de acuerdo a las estadísticas expuestas, pues, son otros medios que revisten de la misma idoneidad de acuerdo al caso planteado y dependiendo de la debida motivación que demuestre el juzgador.

Lo óptimo debe ser además que se garantice el principio de contradicción completamente en una audiencia de flagrancia, por cuanto contamos con la petición de medida cautelar del fiscal y la defensa del imputado, contando con el principio de discrecionalidad del juez que tiene el juez, quien no puede imponer la prisión preventiva de forma obligatoria sino que efectivamente analizar la pertinencia y necesidad de la misma.

Asimismo, respeto al principio de igualdad recogido constitucionalmente, se debe exigir que las medidas cautelares dispuestas en una audiencia de flagrancia deben reunir criterios de proporcionalidad y pertinencia.

La tercera parte del trabajo es el punto medular de esta tesis por cuanto la propuesta planteada es que se motive adecuadamente las resoluciones adoptadas por los jueces en las audiencias de flagrancia respecto a la aplicación de la medida cautelar que considere oportuna, para cuyo

efecto la herramienta del test de igualdad como juicio de proporcionalidad, a través de sus distintos niveles de estudio, facilita que se evite juicios de valor erróneos debido a la falta de una motivación y que pueda deducir que la disposición adoptada es violatoria al principio de igualdad ante casos similares que se resuelven de distinta manera. La metodología del test mencionado evidencia las ventajas propias del método, porque se valora correctamente cada situación y las consecuencias que se derivan de la relación medio y fin idóneo, fin constitucionalmente válido, necesidad, proporcionalidad y razonabilidad; pero cabe tomar en cuenta que aquellas materias donde se restringe la libertad, garantías, o casos donde se manejan criterios sospechosos debe obligatoriamente realizarse un escrutinio estricto.

Este ejercicio permite que el juez analice los casos planteados desde una óptica de igualdad más real que material; así como, el uso adecuado de esta herramienta metodológica permite que se desarrolle el principio de igualdad, reduciendo el margen de interpretaciones abusivas y contrarias a la Constitución.

Este cambio de concepción de formatos a resoluciones bien fundamentadas repercute en la noción y trascendencia de las medidas cautelares que deben tener en el proceso; es obvio que para un juez no es lo mismo una solicitud de prisión preventiva que una de arraigo o una de prohibición de acercarse a la víctima. Todas las medidas cautelares suponen ciertas afectaciones y, por lo tanto, requieren un fundamento fuerte; no obstante, la intensidad de esa afectación evidentemente condiciona su propio fundamento. Por lo tanto, del caso demostrado la labor del juzgador va más allá de una enunciación de normas sino de un análisis concienzudo del porqué aplica dicha medida cautelar y no otra.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Becker, Howard, S. *Los extraños, sociología de la desviación*, Buenos Aires, Ed. Amorrortu, 1970, p. 151
- Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los Derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 257.
- Binder, Alberto, *Iniciación al proceso penal acusatorio (para auxiliares de justicia)*, Buenos Aires, Campomanes Libros, 2000, p. 29.
- Bobbio, Norberto, “La naturaleza del prejuicio. Racismo, hoy. Iguales y diferentes” en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco comp., *Igualdad y no discriminación*, Quito, Editores Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, p. 197
- Beccaria, César de Bonesana Marqués, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Editorial Heliasta, 1993.
- Cabanellas, Guillermo, “Flagrancia”, en *Diccionario Jurídico Cabanellas*, Buenos Aires, Editorial Ediesta, pág. 70.
- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo penal*, Madrid, 2ª edición, Ed. Trotta, 1997, p. 461- 908.
- _____, *Democracia y garantismo*, Madrid, Edit. Trotta, 2008.
- García Falconí, José , *La prisión preventiva en el nuevo Código de Procedimiento Penal y las otras medidas cautelares*, Quito, Rodin, 2002, p. 35
- Gargarella, Roberto, *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2008
- Ossorio, Manuel en *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Buenos Aires, Ed. Eliasta, 2000 pág. 795
- Pérez Sarmiento, Eric Lorenzo, *La investigación, la instrucción y la flagrancia*, Caracas, Editorial Vadell Hermanos, 1999, p. 105
- Riquert, Marcelo Alfredo, *El proceso de flagrancia*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 21.
- Rubio Llorente, Francisco y otros, *Derechos fundamentales y principios constitucionales (Doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, Editorial Ariel, 2006, p. 109

- Saba, Roberto, “Desigualdad Estructural” en Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco comp., *Igualdad y no discriminación*, Quito, Editores Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, 2010, p. 58
- Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, México, Editorial Harla, segunda edición, 1997, p. 502.
- Suay Rincón, José, *Principio de igualdad en la justicia constitucional*, Madrid, Instituto Nacional de Administraciones Públicas, 1985, p. 1-28
- Weingarten, Celia, *Daños: medio ambiente - salud - familia - derechos humanos*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, p. 253-276

Artículo en revistas

- Binder, Alberto M., “Límites y posibilidades de la simplificación del proceso”, en *Revista Justicia Penal y Estado de Derecho*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1993, p. 188.
- Cabezón P. Andrea y otros, “Sistemas judiciales: Una perspectiva integral sobre la administración de justicia”, en *Publicación semestral del Centro de Estudios de Justicia de las Américas – CEJA*, N° 14, Santiago de Chile, Holanda 2023, p. 8
- Cepeda, Manuel José, “Introducción a la Constitución del 91. Hacia un Nuevo Constitucionalismo”, en *Revista Presidencia de la República*, Bogotá, 1993, p. 22
- Comisión Colombiana de Juristas “El Papel de la Corte Constitucional y la tutela en la realización del Estado Social de Derecho”, en *Boletín Jurídico*, Bogotá, Comisión Colombiana de Juristas, 2003, p. 17
- Correa, Rodrigo P., “Criterios de racionalidad en el examen de la constitucionalidad de las leyes por la Corte Suprema de Estados Unidos”, en *REJ – Revista de Estudios de la Justicia*, N° 3, Santiago de Chile, 2003, p.24-25
- Fernando Galeano, “Test de igualdad en la jurisprudencia constitucional”, en *Revista La Corte Bajo la Lupa*, Informe No. 4, Bogotá, Observatorio Constitucional- Universidad de los Andes, 2011, p. 1-26
- González Le Saux, Marianne y Oscar Parra Vera, “Concepciones y cláusulas de igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. A propósito del Caso Apitz”, en *Revista IIDH*, Volumen 47, San José, 2008, p. 129

- Insignares-Cera, Silvana y Molinares-Hassan, Viridiana, “Juicio integrado de constitucionalidad: análisis de la metodología utilizada por la corte constitucional colombiana”, en *124 Universitas*, Bogotá, 2012, p. 91-118
- Lizano Van der Laet, Paola, “Algunas reflexiones sobre el principio de igualdad jurídica en la jurisprudencia internacional y en la del Tribunal Español”, en *Revista Justicia, Libertad y derechos humanos: Ensayos en Homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2003, p- 355-375
- Maier, Julio B., “¿Es posible la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?” en *Revista 1º Encuentro Argentino de profesores de Derecho Penal: El Sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni Editores, 2004, p. 112.
- Riego Ramírez, Cristián “Prisión preventiva y demás medidas cautelares en el nuevo proceso penal”, en *Colección informes de investigación*, No. 9, Santiago de Chile, Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho Universidad Diego Portales, junio de 2001, p. 13
- Rodríguez, César, “El test de razonabilidad y el derecho de igualdad”, en *Observatorio de justicia constitucional: balance jurisprudencial de 1996, la Corte Constitucional en el año de consolidación*, Santa Fe de Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho Universidad de los Andrés, 1998, p. 260-265
- Rubio Llorente, Francisco “La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, Madrid, Dirección General de los Servicios Jurídicos del Estado, No.31, enero-abril 1991, p.9- 21
- Vitale, Gustavo L., “Proceso penal constitucional (Libertad durante el proceso, juicio abreviado, oportunidad y necesaria promoción fiscal de la acción), en *Revista 1º Encuentro Argentino de profesores de Derecho Penal: El Sistema penal ante las exigencias del presente*, Santa Fe, Rubinzal- Culzoni Editores, 2004, p. 140.

Publicaciones en internet

- Anónimo, “Legitimidad constitucional”, en <http://derechomx.blogspot.com/2011/04/la-legitimidad-constitucional.html>

Censo de población y vivienda, *Ecuador en cifras*, Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

<http://www.ecuadorencifras.com/cifras-inec/nacionalidades.html#tpi=493>.

Corte Suprema de Justicia República de Honduras, “Instructivo sobre la aplicación de medidas cautelares sustitutivas de la prisión preventiva en los delitos de crimen organizado”, Centro Electrónico de Documentación e Información Judicial CEDIJ, 30 septiembre del año 2004, pdba.georgetown.edu/Security/citizenssecurity/honduras/leyes/4.pdf

Fernández, Mariano y Daniel Giarone “Flagrancia, fast justice y criminalización de la pobreza” en la *Revista En Marcha*, Mar del Plata, Facultad de Derecho Universidad Nacional del Mar de la Plata, Asociación Judicial Bonaerense, 2008.
<http://www.ajudicial.org.ar>

Gargarella, Roberto, *Teoría y Crítica del Derecho Constitucional*, Tomo II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2008, pág. 734 y 735.

<http://derechocambiosocial.pbworks.com/f/Saba.pdf>

Juliano, Mario Alberto, “Estándares del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en materia de plazo razonable de la prisión preventiva”, en *Congreso Binacional de Derecho Procesal Penal*, INECIP, noviembre de 2009.
www.inecip.org/EXPOSICIONES/Mario%20Juliano.pdf

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Plan de Desarrollo del Ecuador*, Quito, Agosto 2007

www.planificacion.gob.ec

Restrepo, Víctor Hugo, “Derecho Penal Internacional entre garantismo y eficientismo”, en *Revista online Criterio Jurídico*, No.7, Santiago de Cali, 2007, p. 440.
http://criteriojuridico.puj.edu.co/archivos/criterio_juridico_07.pdf

Reyes, Venustiano, “El principio jurídico de igualdad”, *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Número 33, México, 2003, en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=33>,

Zaffaroni Eugenio, "Las adicciones se detectan según clases sociales", en *Revista electrónica el Blog de la cárcel: Sistema penitenciario argentino*, Buenos Aires, 2008.

http://weblogs.clarin.com/elblogdelacarcel/archives/2008/04/zaffaroni_las_adicciones_se_detectan,_segun_clases_sociales.html.

Normativa nacional e internacional

Declaración Universal de Derechos Humanos

Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre:

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer,
CEDAW

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación
Racial

Constitución de la República del Ecuador

Conferencia de Durban

Código Penal

Código de Procedimiento Penal

Jurisprudencia Internacional

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia caso Penal Miguel Castro Castro Vs.
Perú, 25 de noviembre de 2006, www.cidh.or.cr

_____, Sentencia caso López Álvarez vs Honduras, 1 de febrero de 2006, www.cidh.or.cr

Corte Constitucional Colombiana, Caso “Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo
89 (parcial) del Decreto 2737 de 1989”, Sentencia C-093 de 31 de enero 2001

_____, Caso “Sobre el alcance del principio de proporcionalidad como herramienta
hermenéutica”, Sentencia C-02223 de enero de
1996 <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-022-96.htm>

_____, Caso “Derecho a la igualdad”, Sentencia C-065 de 2005 de 1 de febrero de 2005.
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-065-05.htm>

_____, Caso “Derecho a la igualdad-alcance y contenido/derecho a la igualdad-Trato
discriminatorio”. Sentencia T-152 de 2007 de 05 de marzo de 2007,
<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-152-07.htm>

_____, Caso “Legitimación por activa y legitimación por pasiva en tutela”, Sentencia T-555/11, de 8 de julio de 2011,

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/T-555-11.htm>

_____, Caso “Acción de Tutela instaurada por Julián, contra Laboratorio Clínico Higuera Escalante”, Sentencia T-248/12 de 26 de marzo de 2012.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-248-12.htm>

_____, Caso “Igualdad ante la ley/igualdad de oportunidades/concurso de méritos/carga de la prueba”, Sentencia No. T-422/92 de 19 de junio de 1992

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1992/T-422-92.htm>

Video

Zaffaroni, Eugenio *Estructura básica del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Ediar, 2009,
Cd -video

ANEXOS

ANEXO 1

Cuadro 1		
INFORMACION MUESTRAL DE LA ENCUESTA		
Cobertura de la encuesta	Nro.	Porcentaje
Provincias encuestadas	22	
Sectores encuestados urbanos rurales	739	
Viviendas por sectores	12	
Hogares y personas encuestadas		
Total Hogares	8.687	
Total personas encuestadas	37.519	
Personas urbanas	24.629	65,6
Personas rurales	12.890	34,4
Hogares total nacional	3.058.021	
Personas total nacional	13.053.513	
Sexo de lo encuestados		
Hombres	18.581	49,6
Mujeres	18.928	50,4
Autoidentificación de los encuestados		
Blancos	2.288	6,6
Afroecuatorianos	1.325	3,9
Indígenas	2.806	8,3
Mestizos	27.239	81
Otros	11	
Fuente INEC. Elaboración María Alejandra Sigcha Orrico		

ANEXO 2

Cuadro 2		
GRADO DE CONOCIMIENTO DEL RACISMO		
Conocimiento de que se entiende por racismo		
SI	48%	
NO	52%	
Sectores económicos que entienden que es el racismo	NO	SI
Sector más rico de la sociedad	17%	83%
Sector más pobre de la sociedad	73%	27%
Sectores de la población en la comprensión de racismo	NO	SI
Urbano	35%	65%
Rural	75%	25%
Entendimiento del racismo según etnias	SI	NO
Índigenas	22%	78%
Blanco	56%	44%
Afroecuatoriano	53%	47%
Mestizo	54%	46%
<p style="text-align: center;">Fuente: Plan de Desarrollo de Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, Agosto 2007, SIISE-ENEMDU-Septiembre 2004. Elaboración María Alejandra Sigcha</p>		

ANEXO 3

Cuadro 3			
GRADO DIRECTO DE MANIFESTACION DE RACISMO			
A nivel nacional concepción de los ecuatorianos como racistas			
No sabe/no contesta	6%		
Si	10%		
No	84%		
Grado de racismo manifiesto	SI	NO	No sabe/ no contesta
POBRES	10%	75%	15%
RICOS	12%	87%	1%
Concepcion de racistas a los ecuatorianos según etnias	SI	NO	No sabe/ no contesta
Índigena	11%	66%	23%
Blanco	14%	82%	4%
Mestizo	10%	85%	5%
Afroecuatoriano	5%	92%	3%
Concepcion de racistas a los ecuatorianos según ubicación geográfica	SI	NO	No sabe/ no contesta
Urbana	10%	87%	3%
Rural	10%	76%	14%
Fuente: Plan de Desarrollo de Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, Agosto 2007; SIISE-ENEMDU-Septiembre 2004. Elaboración María Alejandra Sigcha Orrico			

ANEXO 4

Cuadro 4					
PERCEPCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE RACISMO					
Percepción de las víctimas del racismo en Ecuador	SI	NO	No sabe/ no contesta		
Afroecuatoriano	88%	9%	3%		
Mestizo	22%	73%	5%		
Índigena	71%	25%	4%		
Blancos	12%	83%	5%		
Percepción del racismo contra los afroecuatorianos según etnias	SI	NO	No sabe/ no contesta		
Nacional	88%	9%	3%		
Afroecuatoriano	94%	4%	2%		
Mestizo	88%	9%	3%		
Blanco	89%	8%	3%		
Índigena	74%	15%	11%		
Percepción de responsables del racismo, a nivel Nacional					
No sabe/no contesta	3%				
Todos	19%				
Afroecuatoriano	2%				
Índigena	3%				
Mestizo	7%				
Blancos	65%				
Percepción de responsables del racismo según etnias	Blancos	Mestizos	Índigena	Afroecua	Otros
Índigena	64%	9%	4%	1%	22%
blanco	61%	4%	5%	2%	28%
Mestizo	66%	7%	3%	2%	22%
Afroecuatoriano	64%	8%	5%	3%	20%

Fuente: Plan de Desarrollo de Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, Agosto 2007; SIISE-ENEMDU-Septiembre 2004. Elaboración María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 5

Cuadro 5		
LUGAR DE DISCRIMINACIÓN RACIAL		
	SI	NO
En la calle	63%	27%
Mercado	29%	68%
Autobus	34%	64%
Estadio	8%	67%
Comercial	19%	67%
En el trabajo	37%	54%
Oficina s públicas o privadas	36%	56%
Parques	17%	83%
Colegio/Universidad	15%	59%
Barrio/Comunidad	38%	57%
Otros lugares	13%	66%

Fuente: Plan de Desarrollo de Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, Agosto 2007, SIISE-ENEMDU-Septiembre 2004. Elaboración propia

ANEXO 6

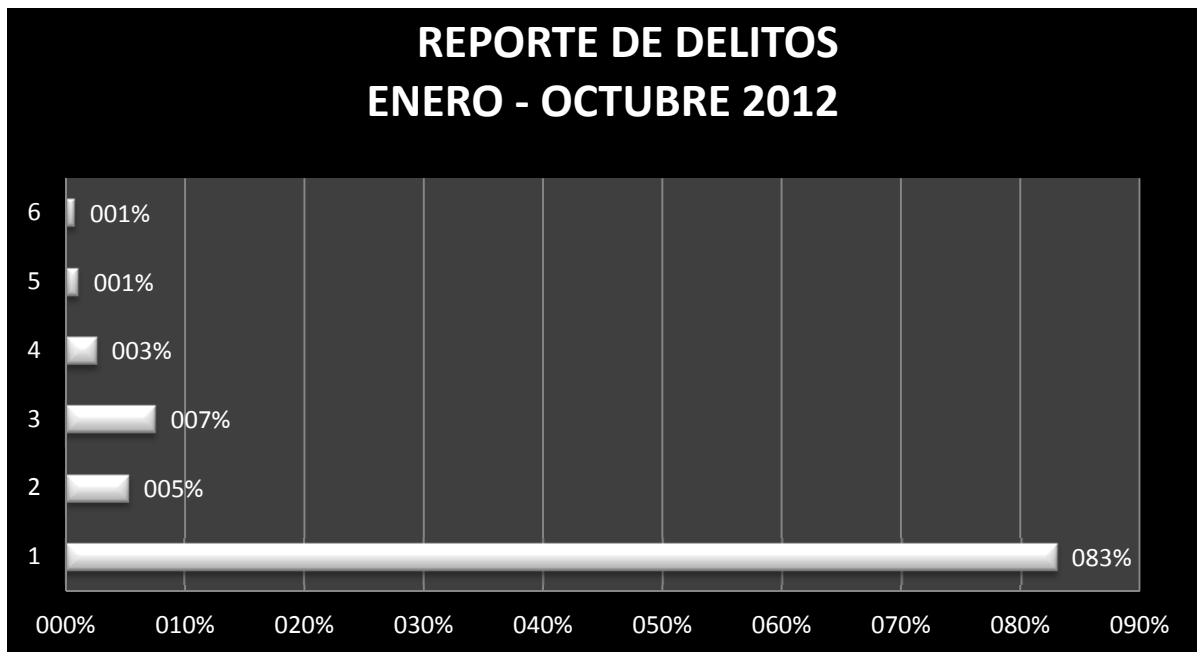
Cuadro 6					
PERCEPCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE RACISMO					
Percepción de las víctimas del racismo en Ecuador	SI	NO	No sabe/ no contesta		
Afroecuatoriano	88%	9%	3%		
Mestizo	22%	73%	5%		
Índigena	71%	25%	4%		
Blancos	12%	83%	5%		
Percepción del racismo contra los afroecuatorianos según etnias	SI	NO	No sabe/ no contesta		
Nacional	88%	9%	3%		
Afroecuatoriano	94%	4%	2%		
Mestizo	88%	9%	3%		
Blanco	89%	8%	3%		
Índigena	74%	15%	11%		
Percepción de responsables del racismo, a nivel Nacional					
No sabe/no contesta	3%				
Todos	19%				
Afroecuatoriano	2%				
Índigena	3%				
Mestizo	7%				
Blancos	65%				
Percepción de responsables del racismo según etnias	Blancos	Mestizos	Índigena	Afroecua	Otros
Índigena	64%	9%	4%	1%	22%
blanco	61%	4%	5%	2%	28%
Mestizo	66%	7%	3%	2%	22%
Afroecuatoriano	64%	8%	5%	3%	20%

Fuente: Plan de Desarrollo de Ecuador, Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Quito, Agosto 2007; SIISE-ENEMDU-Septiembre 2004. Elaboración María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 7

Cuadro 7

Reporte ENERO al mes de OCTUBRE del año 2012				
Ordinal	Tipo Proceso	Flagrante	No Flagrante	Porcentaje
1	Ordinario	0	27325	83,01%
2	Ordinario- flagrante	1715	0	5,21%
3	Tránsito	0	2463	7,48%
4	Tránsito- flagrante	836	0	2,54%
5	Adolescentes	0	340	1,03%
6	Adolescentes- flagrante	238	0	0,72%



Fuente: Fiscalía General del Estado- Departamento de Gestión Procesal

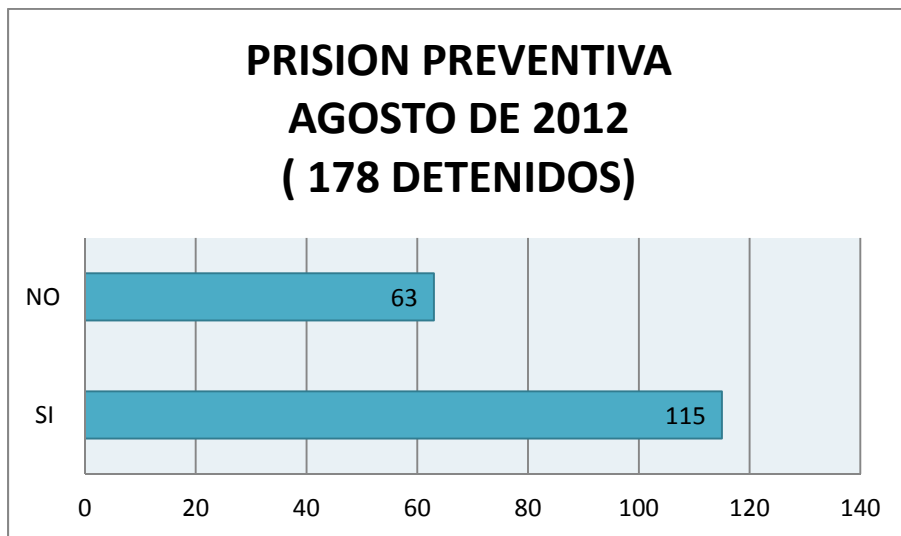
Elaboración: María Alejandra Sigcha

ANEXO 8



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

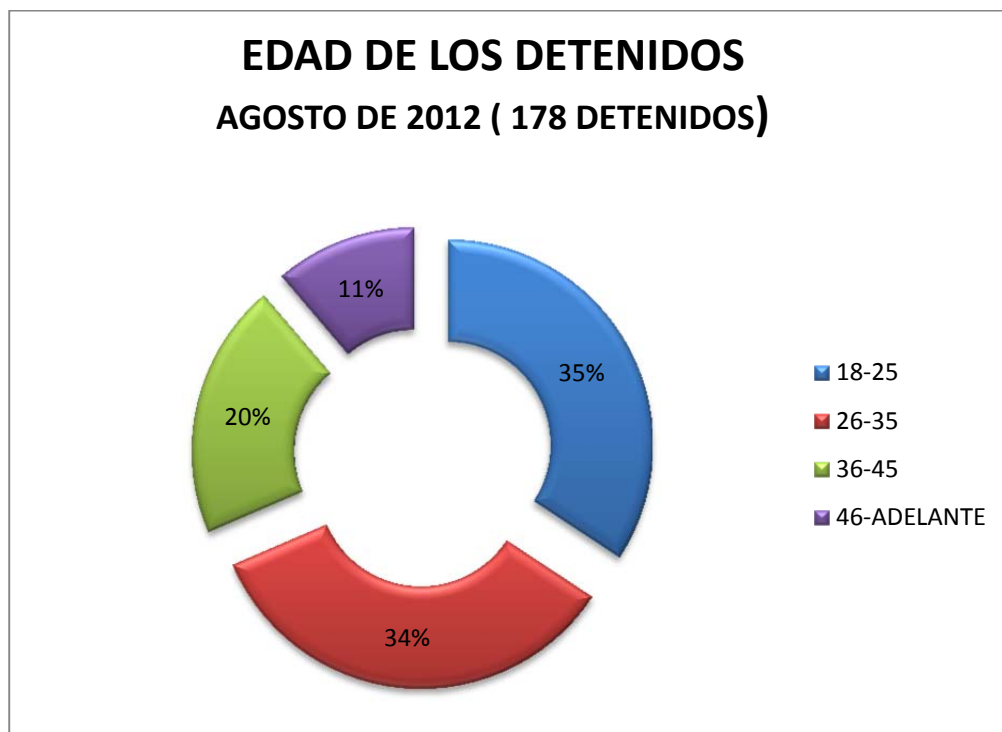
Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

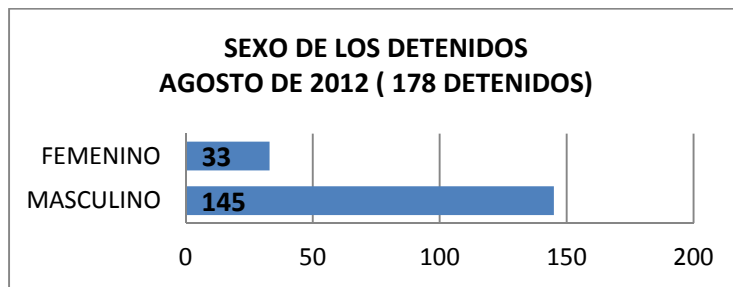
ANEXO 9



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 10



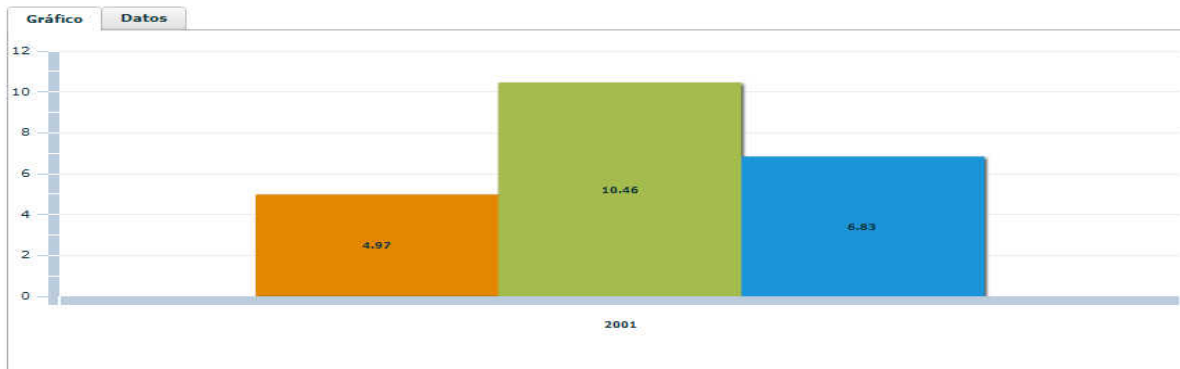
Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 11

NACIONALIDADES Y PUEBLOS

Porcentajes



Fuente: CENSO DE POBLACIÓN Y VIVIENDA (CPV-2001) - INEC

Guardar gráfico

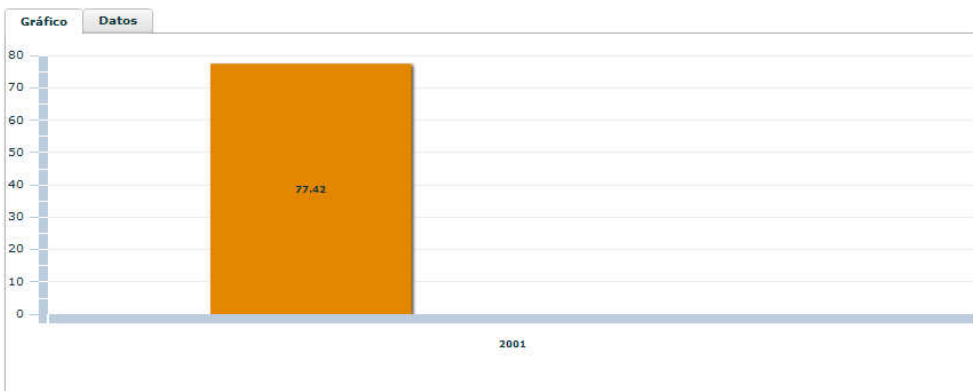
AFROECUATORIANA
 BLANCA
 INDÍGENA

Nacional
 Hombres
 Mujeres

- | | | | |
|---|--|--|--|
| <input checked="" type="checkbox"/> AFROECUATORIANA | <input checked="" type="checkbox"/> BLANCA | <input checked="" type="checkbox"/> INDÍGENA | <input type="checkbox"/> MESTIZA |
| <input type="checkbox"/> OTRAS | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |
| <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |
| <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |
| <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |

NACIONALIDADES Y PUEBLOS

Porcentajes



Fuente: CENSO DE POBLACIÓN Y VIVIENDA (CPV-2001) - INEC

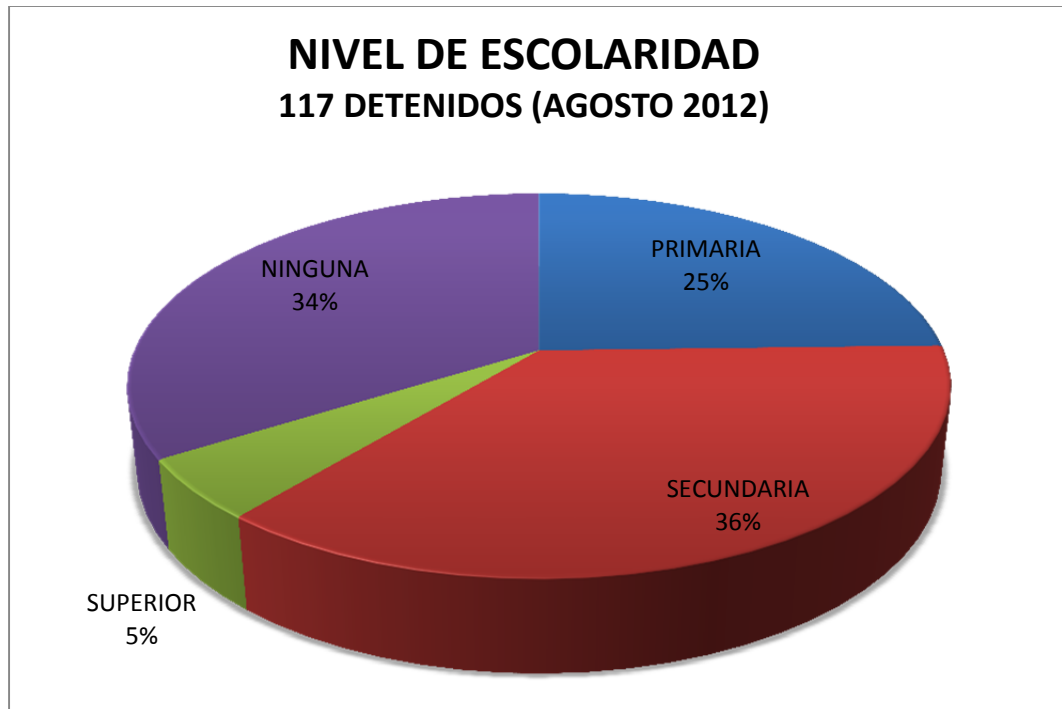
Guardar gráfico

MESTIZA

Nacional
 Hombres
 Mujeres

- | | | | |
|--|--|--|--|
| <input type="checkbox"/> AFROECUATORIANA | <input type="checkbox"/> BLANCA | <input type="checkbox"/> INDÍGENA | <input checked="" type="checkbox"/> MESTIZA |
| <input type="checkbox"/> OTRAS | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |
| <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |
| <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |
| <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... | <input type="checkbox"/> INDÍGENA TOTAL D... |

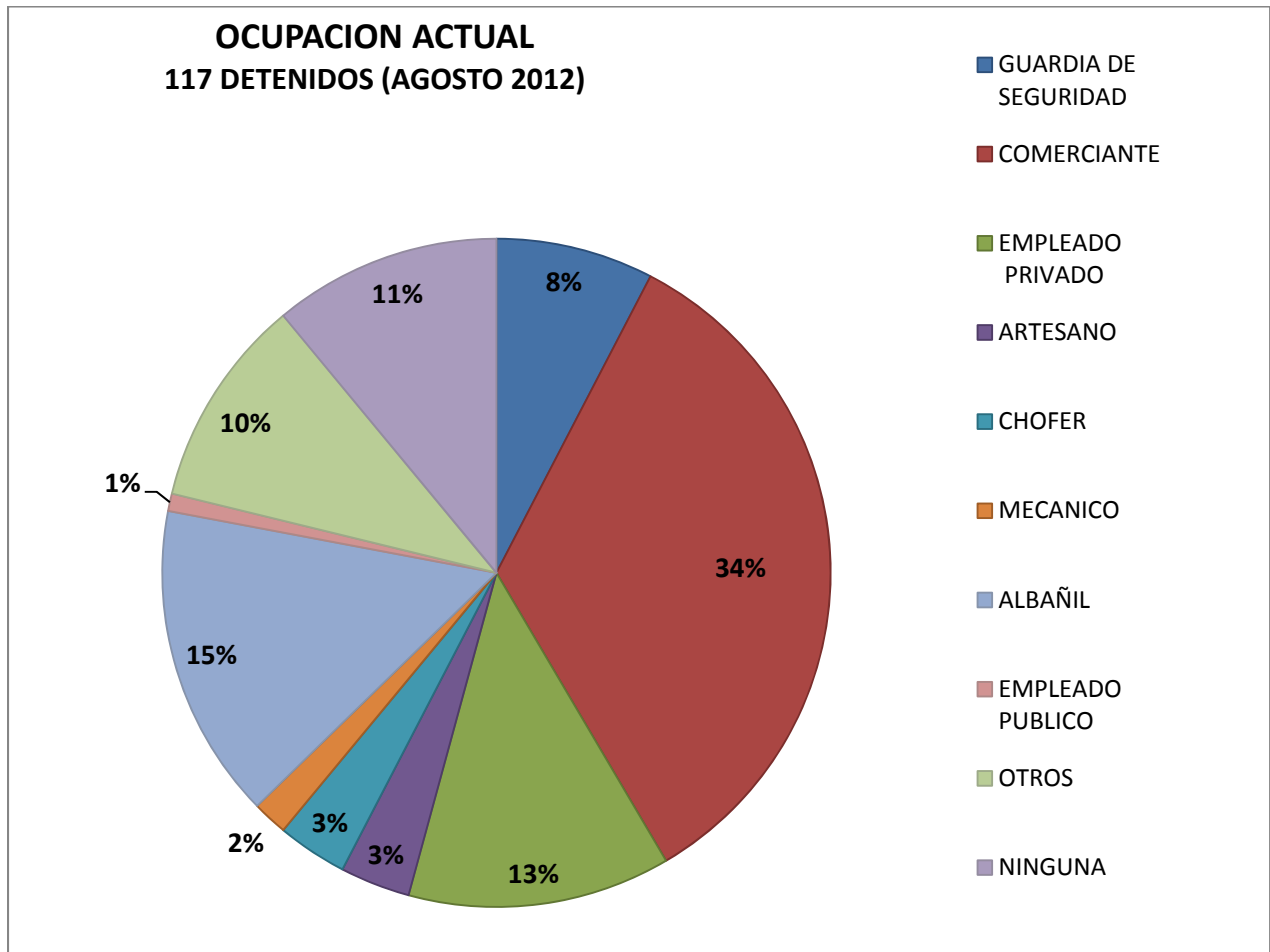
ANEXO 12



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 13



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

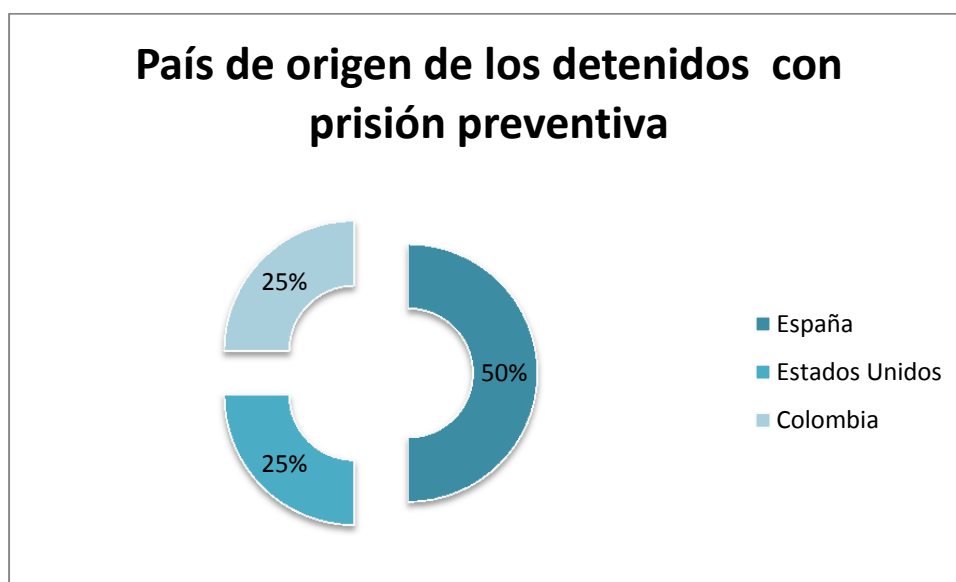
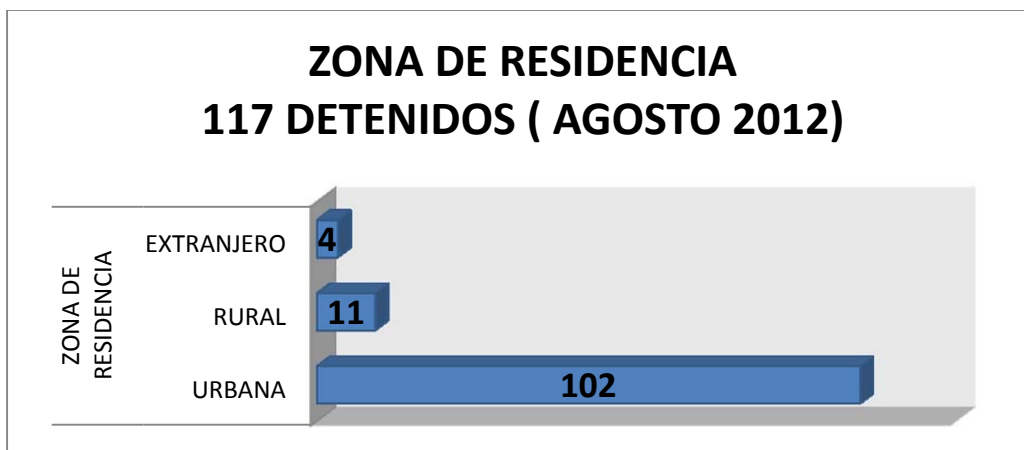
ANEXO 14



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 15



Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 16

(PENAL) - NACIONAL - TODOS LOS FISCALES - De Enero a Diciembre del 2011		
NOTICIAS DE DELITO		
FLAGRANTES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
ROBO AGRAVADO.	2375	16.68 %
TENENCIA Y POSESION ILICITA DROGAS Y SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES *.	1890	13.27 %
ROBO SIMPLE; SUSTRACCION FRAUDULENTA CON VIOLENCIAS Y AMENAZAS.	1815	12.75 %
FABRICAR, SUMINISTRAR, ADQUIRIR, SUSTRAR, ARROJAR, USAR, TRANSPORTAR O TENER ARMAS, MUNICIONES, EXPLOSIVOS Y ACCESORIOS.	1452	10.20 %
HURTO SIMPLE.	590	4.14 %
OCULTAR OBJETOS HURTADOS O ROBADOS.	562	3.95 %
PORTAR ARMAS DE USO MILITAR O POLICIAL SIN PERMISO.	387	2.72 %
VIOLACIÓN.	381	2.68 %
ALMACENAMIENTO, TRANSPORTACION Y COMERCIALIZACION NO AUTORIZADA DE HIDROCARBUROS.	311	2.18 %
TENTATIVA DE ROBO	257	1.80 %
TENTATIVA DE ASESINATO	255	1.79 %
LESIONES 4 A 8 DIAS.	205	1.44 %
USO DOLOSO DE DOCUMENTOS FALSOS.	172	1.21 %
TENTATIVA DE VIOLACION	162	1.14 %
TRAFICO ILICITO DE DROGAS Y SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES.	137	0.96 %
ASOCIACION PARA COMETER DELITOS SANCIONADOS CON PRISION.	136	0.96 %
ASESINATO.	133	0.93 %
LESIONES 9 A 30 DIAS.	127	0.89 %
ABUSO SEXUAL, SOMETER, OBLIGAR A NINO, NINA, ADOLESCENTE O DISCAPACITADO A REALIZAR ACTOS SEXUALES SIN ACCESO CARNAL.	126	0.88 %
OTROS	2766	19.43 %
TOTAL FLAGRANTE	14239	100.00 %

Fuente: Fiscalía General Del Estado, elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

* Cabe mencionar que dentro de las estadísticas de otros el Departamento de Gestión Procesal de la Fiscalía General del Estado precisa que se han recogido los delitos a fines a las sustancias estupefacientes, como tenencia, posesión y tráfico.

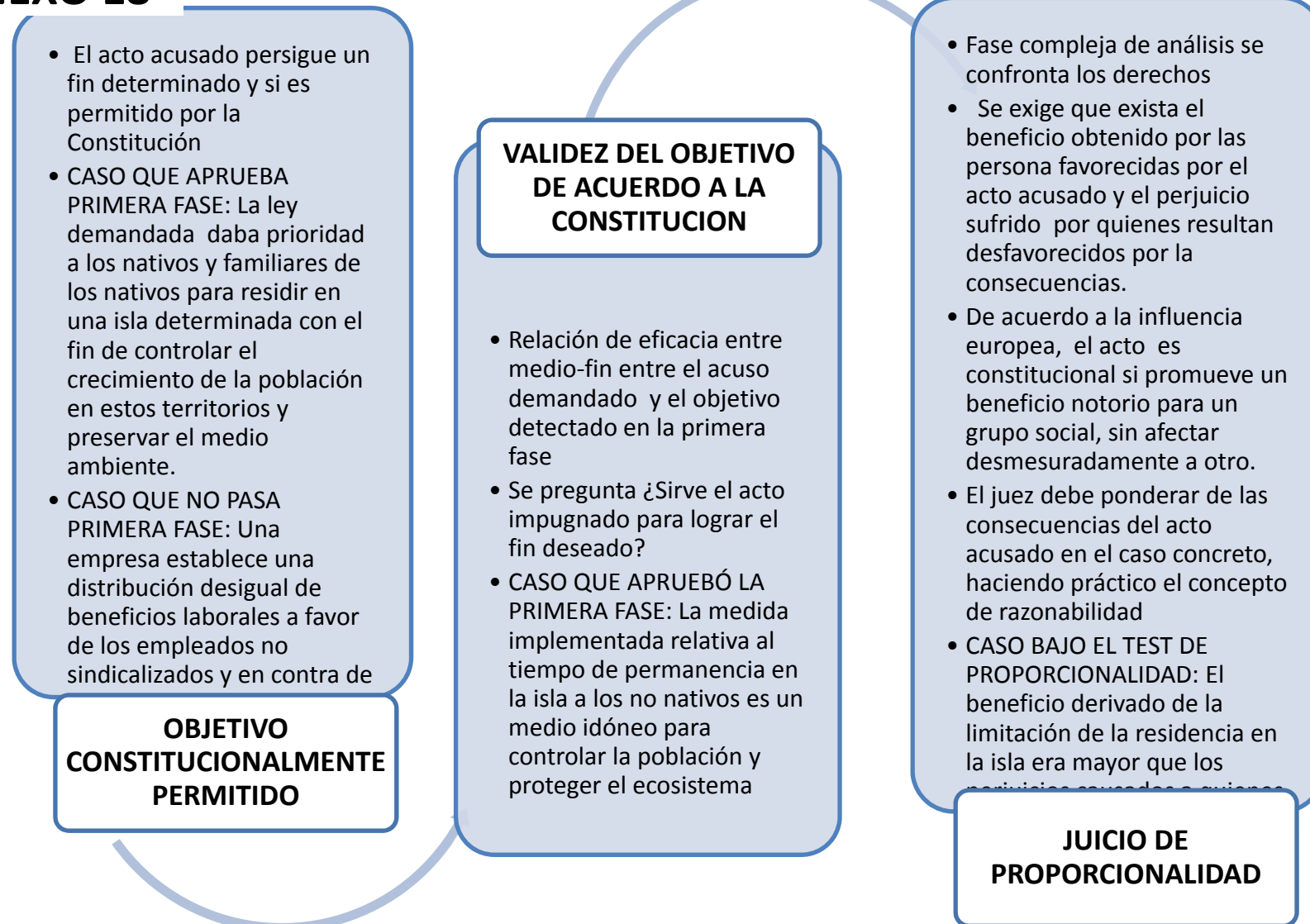
ANEXO 17

ANALISIS COMPARATIVO		
No. caso	170101812084815	170301812100077
Tipo penal	Lesiones 8 a 30 días	Lesiones 8 a 30 días
Fecha	06 de agosto 2012	14 de octubre de 2010
Sexo víctima	O.M.A.R. Femenino conviviente del detenido	J.A.U.Q. Masculino
Sexo detenido	P.P.E.L. masculino	H.H.F.F. Masculino
Edad	36	18
Estado civil	Soltero	Soltero
Nivel de instrucción	Primaria	Secundaria
Ocupación	Comerciante	Estudiante colegio
Juzgado	Vigésimo Segundo de Garantías Penales	Vigésimo Segundo de Garantías Penales
Agravante	Estado de embriaguez Violencia intrafamiliar	Estado de embriaguez
Detenciones previas	No	No
Justifica arraigo	No	Si
Condición económica	Independiente	Dependiente de sus padres
Medida cautelar dispuesta	Presentación periódica cada quince días ante el juzgado	Prisión preventiva

Fuente: Fiscalía de Pichincha- Unidad de Delitos Flagrantes (Policía Judicial Quito)

Elaboración: María Alejandra Sigcha Orrico

ANEXO 18



FUENTE: César Rodríguez, *op. cit.*, pp.276-279. Elaborado por María Alejandra Sigcha

ANEXO 19

ESCRUTINIO DEBIL

- Identificar el ámbito de la norma acusada de violar el derecho a la igualdad.
- El ámbito de la regulación económica generalmente será medido con este escrutinio. Por ejemplo, cuando exista una diferenciación debe ser establecida como un medio para alcanzar una meta económica, no sólo valorando la validez constitucional sino la relación de adecuación entre los medios y fin escogido.

ESCRUTINIO INTERMEDIO

- Parámetro de aplicación abierto.
- La jurisprudencia definirá los parámetros de aplicación de este tipo de escrutinio.
- Relación con casos de acción afirmativa, y que su aplicación se justifica porque estas medidas persiguen un objetivo socialmente imperiosos de protección a grupos marginados.

ESCRUTINIO ESTRICTO

- Criterios netamente relacionados a la diferenciación por sospechosos (raza, origen familiar o nacional, sexo, religión, opinión filosófica o política)
- Se aplica este escrutinio siempre que las normas diferenciadoras afecten a ciertos individuos o grupos especialmente protegidos por la Constitución, generalmente relacionados a minorías étnicas o grupos marginados.

FUENTE: César Rodríguez, *op. cit.*, pp.282-284. Elaborado por María Alejandra Sigcha

ANEXO 20

ESCRUTINIO SUAVE

REQUISITO DE ADECUACION MEDIOS-FIN: el acto acusado debe ser potencialmente útil para alcanzar el objetivo propuesto

PROPORCIONALIDAD: Se da mayor peso a los beneficios que produce el acto y se examinan con amplitud los perjuicios ocasionados por este.

ESCRUTINIO INTERMEDIO

REQUISITO DE ADECUACION MEDIOS-FIN: El acto debe ser eficaz para lograr un fin importante

PROPORCIONALIDAD: Los perjuicios y beneficios tienen prima facie, igual importancia

ESCRUTINIO ESTRICTO

REQUISITO DE ADECUACION MEDIOS-FIN: El acto debe ser necesario para lograr un objetivo imperioso, y que no exista otro medio menos gravoso para solucionar la situación

PROPORCIONALIDAD: El perjuicio causado a un grupo discriminado con base del criterio de "sospechoso" es por regla general desproporcionado frente a los beneficios que deriva otro grupo social del acto acusado.

