



**Universidad San Gregorio de Portoviejo**

**Departamento de Posgrado**

**Programa de Maestría en Derecho Penal**

Artículo profesional de alto nivel

**Necesidad de motivar la aplicación de la Prisión Preventiva como garantía del Estado constitucional**

Autores:

Ab. María Lelibet Andrade Quiroz

Ab. Evelinda Jazmín Sornoza Pico

Tutor:

Ab. Henry Stalin Villacís Londoño

Portoviejo, 2022

## **Necesidad de motivar la aplicación de la Prisión Preventiva como Garantía del Estado Constitucional**

### **Autores:**

Ab. María Lelibet Andrade Quiroz, Maestrante de Derecho Penal, Universidad San Gregorio de Portoviejo, maleli20april@hotmail.com

Ab. Evelinda Jazmín Sornoza Pico, Maestrante de Derecho Penal, Universidad San Gregorio de Portoviejo, ab.jazminsornoza@gmail.com

### **Resumen**

La prisión preventiva como medida de ultima ratio y la necesidad de motivación de la sentencia que la impone es el objeto de este estudio, siendo relevante el análisis acerca de la fundamentación de la decisión ya que se convierte en una herramienta idónea para controlar la actuación de los operadores de justicia y el respeto por los derechos humanos. La investigación con enfoque cualitativo recoge los criterios doctrinarios y de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ilustran acerca de las razones que permiten comprender el alcance de esta prerrogativa ciudadana. El análisis permitió reconocer que los criterios constitucionales y legales que sustentan el derecho a la libertad en el contexto jurídico ecuatoriano son idóneos, no obstante, en la ponderación de las razones que motivan la aplicación excepcional de la prisión preventiva se deben cumplir con los principios del derecho penal garantista. Se concluye que el cuestionamiento de la medida de prisión preventiva en el Ecuador se debe a la manifiesta inmotivación de la decisión ya que no logran cumplir con el test de proporcionalidad que debe el juzgador asentar al momento de ordenar su imposición, esto revela una contradicción con los postulados del Estado constitucional.

**Palabras claves:** Estado Constitucional; Derecho a la libertad; motivación judicial; prisión preventiva.

### **Abstract**

Preventive detention as an ultima ratio measure and the need to justify the sentence that imposes it is the object of this study, with the analysis of the grounds for the decision being relevant, since it becomes an ideal tool to control the actions of justice operators and respect for human rights. The research with a qualitative approach collects the doctrinal criteria and the decisions of the Inter-American Court of Human Rights that illustrate the reasons that allow us to understand the scope of this citizen prerogative. The analysis allowed us to recognize that the constitutional and legal criteria that support the right to liberty in the Ecuadorian legal context are suitable, however, in weighing the reasons that motivate the exceptional application of preventive detention, the principles of the guaranteed criminal law. It is concluded that the questioning of the preventive detention measure in Ecuador is due to the manifest lack of motivation of the decision since they fail to comply with the proportionality test that the judge must settle at the time of ordering its imposition, this reveals a contradiction with the postulates of the constitutional State.

**Keywords:** Constitutional State; Right to freedom; judicial motivation; preventive prison.

## Introducción

A lo largo de la historia del derecho procesal penal, una de las cuestiones más controvertidas ha sido la de resolver si una persona ha de permanecer en libertad durante el proceso penal seguido en su contra, o si, por el contrario, ha de ser encarcelado preventivamente.

La prisión preventiva es la limitación al derecho a la libertad del ciudadano, siendo este uno de los derechos fundamentales del hombre, se encuentra previsto en la Constitución de la República del Ecuador promulgada en el año 2008, en el artículo 66 numeral 29 literal A, que señala: “el reconocimiento de que todas las personas nacen libres”. Bajo este preámbulo sustentamos que la libertad de las personas es un derecho fundamental que el Estado deberá garantizar y hacer prevalecer en cualquier orden.

Por su parte, el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone la excepcionalidad de la prisión preventiva, con el fin de asegurar su comparecencia al proceso, pese a esto, en los últimos años, se ha generado un incremento desmesurado de personas privadas de su libertad, ya que, en la práctica diaria, prima un abuso en la utilización de la prisión preventiva y sobre todo con fuertes errores en su aplicación por parte de los operadores de justicia, que en muchas ocasiones dictan prisión preventiva a una persona, sin suficientes elementos de juicio, ni motivación legal alguna, como registra Tapia (2021) quien refiere:

“Cabe resaltar que sólo el 57% de las personas encerradas tienen sentencia: se estima que alrededor del 43% se encuentra bajo el régimen de prisión preventiva, es decir, sin condena. Pese a que estas cifras desenmascaran niveles injustificados de sobrepoblación carcelaria, el “populismo punitivo” (término que describe al discurso político que exige sanciones más severas para satisfacer las demandas de seguridad de la ciudadanía), sigue siendo la respuesta habitual de las autoridades ante el malestar social” (s/p).

Este estudio constituye una referencia al sistema de justicia penal en general, procurando que mejore la calidad de la gestión de todas las partes procesales, bajo el criterio de que una administración de justicia de calidad fortalecerá el Estado constitucional de derechos y justicia que además se perfila como democrático, de lo contrario, la actuación de los servidores públicos fuera de este marco erosionará las bases que lo fundan.

Este aporte académico abre el debate para discutir con fundamentos, la relación entre el poder del Estado para dictar la privación de la libertad de una persona procesada por su presunta participación en un delito y la legitimidad de esta actuación en el contexto de los Derechos Humanos.

Esta discusión obra sobre la base de los argumentos que sustentan la decisión judicial que la impone conforme los criterios que dispone la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que establece un “test de proporcionalidad” que no se ha cumplido a cabalidad, por distintos países de la región americana, y el Ecuador. En este sentido, el aludido órgano ha condenado en distintas oportunidades al país<sup>1</sup>, en virtud de que la imposición de la prisión preventiva “no ha sido racionalizada suficientemente” con lo cual se ha incurrido en una grave arbitrariedad que violenta las prerrogativas ciudadanas que se fundan en el valor de la dignidad de las personas. Con respecto a esta decisión, se ordena una racional ponderación de cada caso particular y mediante una evaluación individualizada y motivada.

---

<sup>1</sup> Ver Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párr. 98; Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005, párr. 57.

## **Metodología**

El enfoque metodológico que sustenta el estudio es el cualitativo, basado en el análisis documental, que destaca la utilización de métodos teóricos, jurídico-doctrinal, analíticos y sintéticos, cuyas fuentes se encuentran en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, la Resolución N° 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia, las decisiones de la Corte Interamericana de derechos Humanos, entre otros. A través de estos se desarrollan los criterios jurídicos que afirman el carácter excepcional de la medida de prisión preventiva, mediante la regulación de la solicitud y fundamentación, y de la forma en que el operador de justicia ha de emitirla conforme a cada causa y caso específico.

Todos ellos se complementan para dar respuesta al objeto de estudio, permitiendo alcanzar una visión más completa de la situación problema. Para este estudio se analizan las categorías jurídicas: Estado constitucional, Derecho a la libertad; Prisión preventiva, motivación judicial. Una revisión previa a la literatura permitió determinar los criterios que iban a constituir las características personales y del caso a analizar.

## **Problema jurídico**

La grave dificultad que afrontan los derechos humanos en el mundo es justamente la de ser protegidos. En consecuencia, es necesario recalcar y replicar la importancia de reconocer y defender los derechos fundamentales que se consagran en la Constitución de la República del Ecuador, así como en varios instrumentos internacionales, así lo ha dispuesto la Corte Constitucional del Ecuador y las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en reiteradas sentencias que serán objeto de especial referencia, mismas que relievan la importancia de su defensa y protección a fin de que no se conviertan en meros manifiestos.

Al respecto, la libertad es un derecho universal que debe estar claramente reconocido en toda actuación judicial, en particular en los procedimientos penales, donde el poder del Estado se manifiesta con especial rigor.

En este acierto el derecho a la libertad es un valor que permite la realización de otros derechos como la presunción de inocencia y el debido proceso. Está claro que este derecho puede ser objeto de restricciones, bajo las condiciones que dispone la Constitución, los instrumentos internacionales y las leyes.

En materia penal este derecho puede ser limitado mediante la imposición motivada de la medida cautelar de prisión preventiva. Esta medida excepcional es declarada no solo en cuerpo normativo penal ecuatoriano (Art. 534), sino también en la Constitución de la República del Ecuador (Art. 77.1), para asegurar la comparecencia del procesado al juicio, lo que permitirá su eventual juzgamiento y el cumplimiento de la pena en caso de ser encontrado culpable.

En ambos cuerpos normativos, se hace énfasis que la medida de prisión preventiva es de carácter excepcional y de ultima ratio, ello porque ampara la libertad y dignidad humana, como derecho fundamental de las personas, y de la presunción de inocencia que prohíbe aplicar una pena antes de que se dicte una sentencia condenatoria en firme que declare la culpabilidad de este.

El significado de excepcionalidad de la prisión preventiva hace referencia a que una persona que vaya a ser juzgada no necesariamente tiene que ser privada de su libertad como regla general, no obstante, su libertad personal, puede ser subordinada a garantías que aseguren su comparecencia al juicio, como son las medidas cautelares no privativas de libertad, por ejemplo, la prohibición de salida del país, presentaciones periódicas en el lugar que indique el juzgador, entre otras, todo de conformidad con el Art. 522 Código Orgánico Integral Penal.

Sin embargo, la prisión preventiva se ha venido utilizando como regla general y no como una excepción a la regla, de esta manera, se ha desnaturalizado el propósito para la cual fue creada, es decir, ser aplicada para aquellos casos en que ésta sea la única manera de asegurar los fines del proceso y se cumpla rigurosamente con las exigencias que indican las normas en examen.

Ahora bien, es importante señalar que esta medida coercitiva personal, afecta un principio constitucional de gran relevancia como lo es la presunción de inocencia, toda vez que priva de la libertad al procesado, sin habersele demostrado, de manera objetiva, su responsabilidad penal en la comisión del delito que se le atribuye, convirtiéndose esta afirmación en el centro de los cuestionamientos que se disponen en contra de su aplicación. Ante esto es imperativo señalar que la presunción de inocencia se dispone en el artículo 76 numeral 2 de la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 5 numeral 4 del Código Orgánico Integral Penal y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Como se expresó, el aumento de la tasa de personas privadas de libertad se ha acrecentado de manera acelerada desde el año 2014 en que fue publicado el Código Orgánico Integral Penal; esto de acuerdo con Kostenwein, Ezequiel (2017), se debe a la facilidad con que los operadores de justicia aplican como medida cautelar la prisión preventiva, considerándose como un tema que cada vez es más preocupante, tomándose en cuenta que en muchos casos las personas a las cuales se les ha privado de su libertad se ha dado de manera improcedente, violentando sus derechos constitucionales y el debido proceso.

En consecuencia, a esto, el acrecentamiento de privados de libertad ha generado que los centros de privación de libertad en el Ecuador tiendan a colapsar, debido a que las instalaciones se aglomeran y porque no existe presupuesto público que soporte este incremento.

El abuso de la prisión preventiva no sólo atenta contra los principios garantizados en la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal, y la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador y de Corte Interamericana de Derechos Humanos, sino, además, resulta en una ineficiencia legal, por parte de quienes su función es garantizar el cumplimiento de los derechos que le asisten a todo ciudadano.

Respecto de la prisión preventiva, el problema más emblemático es el denominado arraigo social, aunque no existe como concepto jurídico en el Código Orgánico Integral Penal, este tiene un papel principal en las audiencias, y al final termina en la discriminación de las personas que viven y trabajan en condiciones de informalidad, toda vez que no pueden demostrar su arraigo domiciliario o laboral, lo que lleva a que se disponga la medida sin que esta sea una de las condiciones que medie expresamente para su imposición.

El arraigo social proviene del sistema jurídico europeo, en donde es fácil documentar el domicilio de una persona a través de una consulta breve en sus sistemas informáticos, esto debido al empadronamiento obligatorio de darse de alta como residente; pero en nuestro país es más difícil verificar el domicilio, debido a la falta de cultura de los ciudadanos de realizar contratos de arrendamiento en caso de no tener domicilio propio. Como resultado, de esto, la práctica en el Ecuador, en cuanto al arraigo social, se debe a conceptos e ideas ajenos a nuestra realidad, y no se corresponde con las exigencias que disponen las leyes nacionales.

Estimamos que, en lugar de adoptar conceptos ajenos a nuestra realidad, los operadores de justicia deberían adecuarse a los requisitos formales que exige nuestra legislación, para la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva, como es el caso, de la fundamentación por parte de la Fiscalía y la motivación por parte del operador de justicia.

Al respecto, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, en Resolución N° 14-2021, de fecha 15 de diciembre del año 2021, ha resuelto emitir con carácter obligatorio algunas instrucciones

para ratificar el mandato contenido en la Constitución de la República del Ecuador. Se observa que en el Art. 1, señala:

“La prisión preventiva es una medida cautelar personal excepcional, debe ser solicitada y ordenada de conformidad con las circunstancias de cada caso concreto, bajo los criterios de ultima ratio, y podrá ser impuesta solo cuando se deprenda procesalmente que ninguna otra medida cautelar personal es útil y eficaz”.

Se ratifica con esta norma los criterios constitucionales acerca de la excepcionalidad de la medida y su utilización como el último recurso del sistema, tal y como lo ha dispuesto la Corte Constitucional del Ecuador y la jurisprudencia reiterada de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su parte, el Art 2 contiene una referencia que es vital para los fines del estudio, al disponer que:

Art 2.- La Fiscalía al momento de fundamentar su solicitud de prisión preventiva justificará la existencia de todos los requisitos establecidos en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal, evidenciando el riesgo procesal y que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.

La motivación como tal, en nuestro criterio inicia cuando se le ordena al Fiscal a fundamentar la petición de prisión preventiva, estos argumentos que serán ponderados por el juez garantista deben acreditar la existencia de los requisitos que contempla. En efecto, el Art 3 expresamente refiere que:

Art. 3.- La resolución de prisión preventiva debe estar motivada considerando los requisitos establecidos en el Art. 534 del Código Orgánico Integral Penal y contendrá al menos: 1. Una relación de cómo los hechos delictivos que se imputan a la persona procesada se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año. 2. Que los elementos aportados por Fiscalía, permiten razonadamente concluir que es probable que la persona procesada sea autor o cómplice del hecho imputado. La sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3.- La justificación de que las medidas cautelares alternativas son insuficientes para dictar el riesgo procesal, y que la prisión preventiva se dicta cumpliendo los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (...)

Como se desprende de la referida Resolución, la medida cautelar de prisión preventiva debe ser justificada y motivada de conformidad con la ley, y sólo podrá ser dictada de haberse demostrado el riesgo procesal que será estimado bajo criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, de lo contrario el operador de justicia debe dictar otras medidas menos severas para garantizar la comparecencia de la persona procesada a juicio. Ante este escenario la pregunta de investigación se formula en los términos que sigue: ¿La necesidad de motivar la aplicación de la Prisión Preventiva conforme lo establecido en las normas que conforman el ordenamiento jurídico es una garantía del Estado constitucional ecuatoriano?

## **Marco Teórico y Discusión**

### **1. La aplicación de la prisión preventiva como medida cautelar en el marco del Estado constitucional.**

Para comprender el alcance de la prisión preventiva es necesario abordar algunos criterios doctrinarios que se han dispuesto en el contexto jurídico nacional e internacional que permitirán el carácter de esta medida cautelar.

Para Zavala Baquerizo (2002), la prisión preventiva es: “una medida cautelar procesal de carácter personal, excepcional, subsidiaria, provisional, proporcionada, motivada y revocable, por el titular del órgano jurisdiccional penal”, de esta definición se extraen importantes características de esta institución jurídica, en virtud de su elocuente contenido no es necesario realizar ninguna aclaratoria.

En este sentido, Llobet Rodríguez (2009) expresa que:

“El tema de la prisión preventiva es fundamental en relación con la estructuración del proceso penal. Usualmente, se afirma que una característica de un sistema inquisitivo, contrario a las garantías de los derechos humanos, es precisamente la extensión del dictado de la prisión preventiva. Por el contrario, se estima que un sistema procesal acusatorio tenderá a no prever la posibilidad del dictado de la prisión preventiva” (p.

4)

Por esta razón la Constitución de la República del Ecuador, establece el carácter excepcional de esta medida, ya que se consagra un Estado garantista y el Sistema de Administración de Justicia Penal es de corte adversarial. Ante este enunciado podemos establecer que la prisión preventiva es una medida cautelar procesal, excepcional, limitada, personal, provisional, que es solicitada por la Fiscalía y ordenada por una autoridad competente, en este caso el Juez, con el fin de poder garantizar la comparecencia del procesado en un juicio penal, proteger los derechos de las víctimas, el cumplimiento de la pena y la reparación integral de la víctima.

Nader Kuri (2009), ilustra que el derecho penal está sustentado en postulados fundamentales para su interpretación, análisis y crítica, con rigor, conforme al marco del modelo de Estado democrático de derecho, que en el Ecuador se guía por el bloque de constitucionalidad. Ante esto, la Convención Americana de Derechos Humanos en el Art. 7 numeral 5 establece que:

“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonables o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

Bajo este contexto legal, se sostiene que toda persona detenida de conformidad a la ley tiene derecho a ser procesada dentro de un plazo razonable de no cumplirse con los términos establecidos es derecho fundamental del procesado a ser puesto en libertad de manera inmediata sin perjuicio de que continúe el proceso. Por lo expuesto, la medida cautelar de la detención preventiva debe ser consistente con la referida Convención y su duración debe ser razonable, evitando violentar el derecho a la libertad.

En el cuadernillo de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 8, cuyo tema trata sobre la libertad personal, refiere:

“el sentido amplio de la libertad sería la capacidad de hacer y no hacer lícitamente todo lo que esté permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones (...) La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona que se proyecta en toda la Convención Americana”.

En relación con esta declaración la libertad del ciudadano es el derecho que se ve gravemente afectado ante la imposición de la prisión preventiva, sobre todo si se toma en cuenta que en las decisiones que aparecen en este Cuadernillo, la mayoría de las sentencias que generan una condena categórica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran

inmotivadas ya que no se han acreditado los fines y requisitos para su aplicación. Destacamos que la Constitución de la República del Ecuador, en el Art 77 numeral 1, prevé taxativamente que:

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

Es evidente que la norma suprema del Ecuador establece con claridad el carácter de ultima ratio y excepcional de la medida, lo cual se desarrolla en el Código Orgánico Integral Penal, particularmente en el Art. 534 que trata sobre la Prisión Preventiva, cuando establece:

“Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos: 1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. 2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva. 3.- Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el Fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes. 4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa”.

Se subraya que en esta redacción el numeral 4 incorpora un requisito que no ha sido estimado en los otros textos legales analizados, este criterio hace referencia a que la infracción sancionada con pena privativa de libertad sea superior a un año, como se observará en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en análisis, este elemento no es considerado como necesario en su aplicación, por lo que valoramos como un desacierto esta referencia.

En esta misma norma legal, prevé que hay cuatro fines de las medidas cautelares, conforme al Art. 519 del Código Orgánico Integral Penal:

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

d. Garantizar la reparación integral de las víctimas.

Como podemos observar, la prisión preventiva conforme con la interpretación sistemática de estas normas se dispone con la finalidad única de garantizar la comparecencia de la persona procesada en el proceso y el cumplimiento de la pena.

## **2. Criterios de racionalidad, proporcionalidad e idoneidad para la aplicación de la prisión preventiva.**

La Constitución de la República del Ecuador, en el mencionado artículo prevé que la privación de la libertad se aplicará de manera excepcional en el proceso. Como el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal es la regla más concreta se ha utilizado para fundamentar la solicitud y posterior aplicación de la medida cautelar. Se descuida con esta acción que el Artículo 77 de la Carta Magna es de superior en jerarquía, y este ordena el carácter de ultima ratio, con lo cual estimamos que no caben otros fines en la aplicación de la prisión preventiva.

Desde un punto de vista técnicamente jurídico, la emisión de otra medida cautelar distinta a la prisión preventiva no suprime en lo absoluto la gravedad del asunto de fondo que se pretende resolver, y la necesidad de castigar el cometimiento del delito, ni mucho menos dejar en la impunidad el mismo. Sin embargo, esto no justifica el excesivo uso y solicitud de la prisión preventiva por parte de la Fiscalía, sin necesariamente haber cumplido con los requisitos que la ley prevé y a la par, se aplica como una regla y no como excepción, y a veces hasta con una motivación errónea por parte del juzgador.

Se opone esta actuación a lo expuesto en el Art. 520 numeral 2 del COIP que prevé que hay dos condiciones previas para cualquier medida cautelar: que haya una solicitud y que la solicitud sea fundamentada: “La o el juzgador dispondrá únicamente a solicitud fundamentada de la o el fiscal”, de donde se extraen dos palabras claves “solicitud” y “fundamentada”. El COIP aclara que es deber de la Fiscalía presentar de manera fundamentada la solicitud de la medida cautelar, es decir, que sin solicitud fundamentada no habrá disposición sobre la prisión preventiva.

Al respecto, una solicitud debidamente fundamentada explica todos los hechos de un caso en los cuales se desglosa la licitud de la medida cautelar. Esta solicitud debe ser concluyente, es decir, la alegación de la Fiscalía debe abarcar todos los requisitos materiales de la procedencia de la medida solicitada. Si los hechos expuestos por la Fiscalía finalmente son suficientes para justificar la prisión preventiva, queda reservado a la decisión final del juez. Particularmente, el Juez debe considerar la proporcionalidad de la medida solicitada (Art. 520, numeral 4 del COIP).

Si por el contrario la solicitud de la Fiscalía no es coherente, el juzgador deberá rechazar su petición. No obstante, según hallazgos de la revisión de las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la prisión preventiva, hemos encontrado que en muchos casos las solicitudes carecen de una fundamentación explícita.

Otro requisito primordial es la motivación por parte del juzgador. La obligación del juez es motivar debidamente su decisión, es la imagen reflejada de la obligación de la Fiscalía al fundamentar: los dos requieren la exposición de los hechos relevantes para la aplicación de la norma en cuestión, es aquí donde el juez debe asentar el cumplimiento de los criterios de proporcionalidad, racionalidad y necesidad de la adopción de esta medida.

En última instancia el Juez debe verificar que la medida más gravosa, como es la privación de la libertad, sea utilizada como ultima ratio, de tal manera que, si el fin se logra con otros medios, estos deben adoptarse. El juez siempre debe evaluar el impacto de la medida solicitada sobre la situación familiar, laboral social del imputado. De esta forma, la ponderación del juez de garantías

penales, no se debe agotar en la inmediatez de la medida, por el contrario, deberá estar atento a los efectos secundarios de dicha decisión.

### **3. El test de proporcionalidad en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

Ahora bien, interesa conocer cuáles son los criterios que conforman el denominado “test de proporcionalidad” que ha dispuesto la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para acreditar el cumplimiento de la motivación de la prisión preventiva, subrayando que la Corte Constitucional del Ecuador, a través de la sentencia N° 011-14-SEP-CC, se ha pronunciado al respecto expresando categóricamente que: “No habrá motivación si en la resolución no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”.

A partir de este señalamiento la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dispone la necesidad de que se “evidencie la existencia de un acto que diera cuenta de una motivación suficiente sobre las supuestas finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la privación de libertad que sufrió el señor Galindo” (p. 10). Es decir que en la decisión es insoslayable que aparezcan los argumentos que le permiten al juez arribar a la conclusión de que la medida de prisión preventiva es necesaria, proporcional e idónea para asegurar los fines del proceso, de lo contrario se considera arbitraria

Bajo esta línea argumentativa la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, reitera que:

“son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas. (...) Por ello, el Estado violó los artículos 7.3 y 8.2 de la Convención, en perjuicio del señor Palamara Iribarne, al haberlo privado de su libertad con base en órdenes arbitrarias, sin observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad”. (párrafo 216, p. 33)

Ante estas consideraciones es menester conocer los criterios que se imponen a partir del test de proporcionalidad que la Corte Interamericana ha dispuesto con especial detalle, en virtud de que estos podrían ayudar a comprender la necesidad de motivar adecuadamente las decisiones que se adoptan para imponer la medida cautelar de prisión preventiva conforme los postulados del Estado constitucional.

Se examina entonces el Caso Vélez Loor Vs. Panamá y el Caso Argüelles y otros Vs. Argentina, donde se estima que la necesidad de que la prisión preventiva se adopte con sustento en lo dispuesto en la ley y además que su aplicación sea compatible con la dispuesto en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, disponiendo los siguientes requisitos:

- i) que la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad sea legítima. Valga señalar que este Tribunal ha reconocido como fines legítimos el asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia;
- ii) que las medidas adoptadas sean las idóneas para cumplir con el fin perseguido;
- iii) que sean necesarias, en el sentido de que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. Por esta razón el Tribunal ha señalado que el derecho a la libertad personal supone que toda limitación a éste deba ser excepcional, y
- iv) que sean medidas que resulten estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido

frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida. Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. En el mismo sentido: 47, párr. 120. (p. 34)

Obviamente, el incumplimiento de estos requisitos conduce a la determinación de la detención arbitraria que afecta el Derecho a la Libertad de una persona y el valor de la dignidad humana, y así ha sido reconocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020), órgano que ha reiterado que “una persona ilegalmente detenida [...] se encuentra en una situación agravada de vulnerabilidad, de la cual surge un riesgo cierto de que se le vulneren otros derechos, como el derecho a la integridad física y a ser tratada con dignidad” (párrafo: 90, p. 19)

La importancia y alcance que concede la Constitución de la República del Ecuador, el Código Orgánico Integral Penal y la Corte Constitucional a la motivación debida y al debido proceso es incuestionable, sin embargo, en la práctica diaria, los operadores de justicia penal, se aprecian solicitudes que carecen de la fundamentación debida. El Fiscal sin mayor esfuerzo solicita la prisión y el juez dictamina la prisión preventiva sin la fundamentación legal requerida, argumentando, por ejemplo, que los procesados no han presentado las pruebas suficientes de su arraigo social.

Como se desprende de las decisiones que anteceden, esta práctica es evidentemente ilegal y podría generar la responsabilidad penal de los operadores de justicia, puesto que este juicio abarca errores graves, ya que el arraigo social no existe como concepto jurídico. Es un fantasma. En ningún artículo de la legislación penal ecuatoriana habla del arraigo social y mucho menos en los criterios que se disponen en las sentencias examinadas. Ante esto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela ha indicado que: “al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludir la acción de la justicia. En este sentido, se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado sólo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio” (p. 48).

Como un problema adicional observamos que cuando se solicita la prueba acerca del arraigo al procesado o su defensor, existe una verdadera inversión de la carga de la prueba que resulta lesiva a la presunción de inocencia, por esta razón este órgano ha condenado este acto como arbitrario e incompatible con el respeto a los derechos fundamentales del individuo.

Se insiste en la necesidad de que los operadores de justicia comprendan el sentido del test de proporcionalidad que la Corte en el Caso Hernández Vs. Argentina ha expresado en términos simples, al referir que:

“para que una medida cautelar restrictiva de la libertad no sea arbitraria es necesario que: i. se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; ii. esas medidas cumplan con los cuatro elementos del “test de proporcionalidad”, es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima (compatible con la Convención Americana), idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional, y iii. la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas” (p. 52).

Finalmente, es menester que se reconozcan los términos de proporcionalidad, idoneidad y necesidad dispuestos por la Corte en el Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile, en los términos siguientes:

“a) Finalidad compatible con la Convención: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención [...]. La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. b) Idoneidad: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido. c) Necesidad: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito [...], la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales. d) Proporcionalidad: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida” (p. 49).

Estos son los criterios que deben servir de fundamento de la petición del Fiscal, quien es el ente que debe probar el cumplimiento de estos extremos, que luego servirán de sustento para la decisión que imponga la prisión preventiva, el hecho de que en la práctica no se acredite la proporcionalidad, idoneidad y necesidad de la medida cautelar que restringe la libertad llevará indefectiblemente a la consideración de que la sentencia carece de motivación, pero aún más, esta acción arbitraria que violenta los postulados del Estado constitucional de derechos y justicia que rige desde el año 2008, genera responsabilidad de los servidores judiciales conforme lo dispone el Art. 11 numeral 9 del texto fundamental.

## **Conclusiones**

La libertad, es un derecho fundamental del ser humano, que se proyecta con gran claridad en todos los instrumentos jurídicos internacionales y en la Carta Manga del Ecuador. Si bien es cierto que a la par, la normativa legal penal prevé la aplicación de la prisión preventiva, en los procesos judiciales, ésta es de carácter excepcional, y al momento de decidirse sobre la misma, debe constar con la suficiente motivación por parte de los operadores de justicia, puesto que restringe este derecho fundamental, y se proyecta en otros derechos y garantías que el ordenamiento jurídico reconoce.

Ante esto, inferimos que la aplicación de la prisión preventiva sin la debida motivación por parte del juzgador atenta contra los derechos previstos en la Constitución de la República del Ecuador y los instrumentos internacionales suscritos y ratificados por la nación, toda vez que esta

medida, es la más severa que se le puede aplicar al procesado de un delito, motivo por el cual su aplicación es de ultima ratio. El juzgador deberá considerar primeramente la aplicación de otras medidas cautelares de carácter no privativo de libertad.

Se estima como necesario examinar las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que ha señalado que, sin perjuicio de la legalidad de una detención, es necesario en cada caso revisar si estas acciones son compatibles con la legislación interna y con la Convención Americana, en el entendido que estas normas fijan el marco de su aplicación, lo que permitirá concluir si la medida privativa de libertad adoptada es o no arbitraria.

Como se ha hecho notar, el fin de la aplicación de la prisión preventiva, según la normativa legal vigente es garantizar la comparecencia del procesado, sino existe peligro procesal al respecto no existe la necesidad para ordenar la prisión preventiva. En este sentido, el juzgador debe ponderar igualmente el daño que provocará esta medida en los derechos del afectado y verificar que la medida más gravosa sea utilizada como ultima ratio conforme lo ordena la carta magna, de tal manera que, si el fin se logra con otras medidas de carácter no privativa de libertad, ésta debe adoptarse.

En el Ecuador, como en los demás sistemas procesales de la región, la medida de prisión preventiva tiene como principales intervinientes a jueces, fiscales y abogados en libre ejercicio, los criterios de la medida, como en la doctrina y en la misma jurisprudencia son compartidos, en razón de que es considerada por muchos como un mecanismo de justicia y de que se cumpla el proceso en todas sus fases y más aún, que el procesado llegue a todas ellas, por otro lado, así mismo, la doctrina es extensa al indicar que esta es una medida que vulnera derechos humanos como la libertad personal cuando es utilizada como opción principal y no como ultima y cuando se abusa de la misma.

En la práctica diaria, el Fiscal como titular de la investigación Penal, sin mayor esfuerzo solicita prisión, es decir sin la fundamentación que la ley prevé para la solicitud de esta; y el operador de justicia dictamina la Prisión Preventiva sin la motivación requerida. Corresponde entonces que se reflexione al respecto, reconociendo la necesidad de realizar un análisis objetivo, preciso y motivado entre los fundamentos de hechos y los de derecho, presuntamente vulnerados, dentro del caso concreto, garantizando los postulados del Estado constitucional.

### **Referencias bibliográficas**

- Aguirrezabal Grünstein, Maite. (2016). Las medidas cautelares innovativas en la nueva institucionalidad medioambiental. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 23(1), 23-49. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532016000100002>
- Alfonso Ruíz, M. (2017). Gracia y Justicia: El lugar de la Equidad. *Revista de la Facultad de Derecho (79)*, 77-98. Obtenido de: <http://www.scielo.org.pe/scielo>
- Arrién Somarriba, J. (2018). La tutela cautelar en el contencioso-administrativo de Nicaragua. *Derecho PUCP*, (81), 303-339. Obtenido de: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201802.010>
- Asamblea Constitucional del Ecuador. Código Orgánico Integral Penal, COIP. Registro Oficial Suplemento 180 de 10-feb.-2014. Última modificación: 17-feb.-2021 Estado: Reformado
- Asamblea Constitucional del Ecuador. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct.-2008. Última modificación: 01-ago.-2018, Art.76.
- Carrión Diaz, J. E. (2016). Manual Auto Instructivo. Curso "Prisión Preventiva". Lima: Academia de la Magistratura. Obtenido de: <http://repositorio.amag.edu.pe>
- Corte Constitucional del Ecuador (2014). Acción Extraordinaria de Protección. Sentencia N° 011-

- 14-SEP-CC. Disponible en:  
<https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=011-14-SEP-CC#:~:text=DECISI%C3%93N%3A,de%20derechos%20constitucionales.%3B%20.&text=Por%20consigniente%2C%20tiene%20como%20fin,vulnerados%20en%20las%20decisiones%20judiciales.>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2009. Serie C No. 207.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2010.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas. Obtenido de: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013). Informe sobre el uso de laprisión preventiva en las Américas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Caso Tibi Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005). Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Argüelles y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso Hernández Vs. Argentina. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2019.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2014). Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014. Serie C No. 279.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2017). Informe sobre las medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 8: Libertad personal / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH, 2020. Obtenido de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo8.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2020). Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos No. 9: Personas privadas de libertad / Corte Interamericana de Derechos Humanos y Cooperación Alemana (GIZ). -- San José, C.R.: Corte IDH, 2020. Obtenido de: <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo9.pdf>
- Dei Vecchi, Diego. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. Revista de derecho (Valdivia), 26(2), 189-217. Obtenido de: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000200008>
- Del Rio, G (2017) La prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lima. Perú. Universidad Ricardo Palma.
- Espinoza Bonifaz, R. (2019). Las miserias de la prisión preventiva la dificultad de desterrar el

- paradigma inquisitivo de nuestro sistema Procesal. Universidad San Martín de Porres, 255-278. Obtenido de: <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/download/1726/1788>
- Ferrer Beitrán, Jordi (2011) Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Insomía. Revista de teoría y filosofía del Derecho*, (34), 87-107. ISSN: 1405-0218. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=363635640005>
- Freyre, A. (2014). *Derecho Procesal Penal*. Lima: Editorial Rodhas SAC.
- Gerson Moscoso Becerra (2020). “Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano”, en *Dikaion* 29, 2 (2020), pp. 469-500. Obtenido de: <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6>
- Kostenwein, Ezequiel (2014). Redactando Riesgos. el uso de la Prisión Preventiva en los expedientes dentro de la Provincia de Buenos Aires. *Dialnet*, 161-187. Obtenido de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5131291.pdf>
- Kostenwein, Ezequiel (2017). La prisión preventiva en plural. *Revista Direito e Práxis*, 8(2), 974-1007. Obtenido de: <https://doi.org/10.12957/dep.2017.25019>
- Llobet Rodríguez, Javier (2009). La Prisión Preventiva y la Presunción de Inocencia según los órganos de protección de los Derechos Humanos del Sistema Interamericano. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, núm. 24, 2009, pp. 114-148. Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A. C. Puebla, México
- Nader Kuri, Jorge (2009). El sistema penal acusatorio, los juicios orales y sus implicaciones en la prisión preventiva, *Revista del Poder Judicial del Estado de Baja California*, número 27, México, Editorial Admón Jus, p. 1.
- Tapia, Silvana. Hacia una crítica feminista y descolonial de la penalidad. *La Periódica* 29 de septiembre de 2021. Obtenido de: <https://laperiodica.net/hacia-una-critica-feminista-y-descolonial-de-la-penalidad/?fbclid=IwAR2ANJighUvqruNK5tbhgTUM0L3t2 XwmKJdt-8K80o1-Z3wo4KYH8VTKyYE>
- Zavala Baquerizo, J. (2002). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VI*. Guayaquil: Editorial Edino.