



UNIVERSIDAD DE CUENCA

**Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales
Carrera de Derecho**

**PRISIÓN PREVENTIVA: ANÁLISIS DE CASO DEL PROCESO
No. 01283-2016-04794G**

**Trabajo de titulación previo
a la obtención del título de
Abogado de los Tribunales
de Justicia de la República y
Licenciado en Ciencias
Políticas y Sociales.**

Autor:

Bernardo Sebastián Vintimilla Vázquez

C.C. 0105399869

berna_vinti@hotmail.com

Director:

Dr. Diego Xavier Martínez Izquierdo

C.C.0301563375

Cuenca- Ecuador

07 de septiembre de 2021

Resumen:

En el presente trabajo se realiza un análisis de la medida cautelar de prisión preventiva respecto del caso No. 01283-2016-04794G, medida que fue dictada en la audiencia de formulación de cargos en contra de los sujetos procesados, a través de una resolución impuesta por la jueza de la Unidad Penal con sede en el cantón Cuenca, la cual inobserva requisitos formales y materiales que conlleva esta medida cuya naturaleza es excepcional, atropellando derechos fundamentales como la libertad ambulatoria y la presunción de inocencia, resolución inmotivada que es dictada a consecuencia de una solicitud realizada por Fiscalía General del Estado, misma que no cumplió con los parámetros establecidos en la normativa interna y externa que rige en el Ecuador. Frente a esto, en el presente trabajo se analiza la posición en la que, la realidad del país sitúa a los procesados en el marco de una presunción de culpabilidad al momento de dictar medidas cautelares y además demuestra una notoria desigualdad de armas entre quien lleva el ejercicio público de la acción penal y quienes figuran como infractores, situación que resalta en una comparación realizada entre las intervenciones de la defensa cuando no tuvo acceso oportuno al expediente fiscal, con la intervención que se llevó a cabo en la impugnación de esta medida cuando ya se obtuvo un acceso al expediente mencionado. Situación confirmada por la Sala Especializada de lo Penal de la Provincia del Azuay en su resolución que deja sin efecto a la medida de prisión preventiva al conocer este recurso.

Palabras clave: Prisión preventiva. Proporcionalidad. Necesidad. Idoneidad. Código Orgánico Integral Penal (COIP). Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Excepcional.

Abstract:

In this paper, an analysis of the precautionary measure of preventive detention with respect to case No. 01283-2016-04794G is carried out, a measure that was issued at the hearing to formulate charges against the indicted individuals, through a resolution imposed by the judge of the Criminal Unit, based in the city of Cuenca, which does not observe the formal and material requirements that this measure entails, whose nature is exceptional, trampling fundamental rights such as freedom of movement and the presumption of innocence, an unjustified resolution that is dictated as a consequence of a request made by the State Attorney General's Office, which did not comply with the parameters established in the internal and external regulations that govern Ecuador. Faced with this, this paper analyzes the position in which the reality of the country places the defendants within the framework of a presumption of guilt at the time of issuing precautionary measures and also shows a notorious inequality of conditions between those who carry the public exercise of criminal action and those who appear as offenders, a situation that stands out in a comparison made between the interventions of the defense when they did not have timely access to the file, with the intervention that was carried out in the challenge of this measure when access to the aforementioned file was obtained. Situation confirmed by the Specialized Criminal Chamber of the Province of Azuay in its resolution that nullifies the preventive detention measure upon hearing this appeal.

Key Words: Preventive detention. Proportionality. Necessity. Suitability. Criminal Code. Exceptional. Inter-American Commission on Human Rights.

ÍNDICE GENERAL

Resumen.....	2
Abstract.....	3
Índice General.....	4
Dedicatoria.....	8
Agradecimiento.....	9
Capítulo I.....	10
1. De la prisión preventiva en general.....	10
1.1 Antecedentes.....	10
1.2 Principios rectores que rigen la aplicación de la prisión preventiva.....	12
1.2.1 Principio de legalidad.	12
1.2.2 Principio de Proporcionalidad en sentido amplio.....	13
1.2.2.1 Idoneidad.....	15
1.2.2.2 Necesidad.....	16
1.2.2.3 Proporcionalidad en sentido estricto.....	18
1.2.3 Principio de excepcionalidad.....	19
1.3 Fundamentos legítimos de la prisión preventiva de acuerdo a la CIDH.....	19
1.3.1. Peligro de Fuga.....	19
1.3.1.1 Criterios para evaluar el peligro de fuga.....	20
1.3.1.1.1- Arraigos en el país del imputado.....	20
1.3.1.1.1.1 Arraigo domiciliario.....	21
1.3.1.1.1.2 Arraigo familiar.....	22

1.3.1.1.1.3 Arraigo laboral.....	22
1.3.2 Peligro de obstaculización.....	23
1.4 Prisión preventiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.....	24
1.4.1 Constitución de la República.....	24
1.4.2 Código Orgánico Integral Penal.....	26
Capítulo II.....	29
2. Sobre el caso 01283-2016-04794G.....	29
2.1 Síntesis del caso.....	29
2.2 De la formulación de Cargos.....	30
2.3 Pronunciación de la defensa sobre la medida cautelar.....	48
2.4 Sobre la decisión del juez respecto de la prisión preventiva.....	57
2.4.1 Motivación y resolución.....	57
2.5 Apelación de la Resolución de prisión preventiva.....	67
Conclusiones.....	76
Bibliografía.....	78

Cláusula de Propiedad Intelectual

Bernardo Sebastián Vintimilla Vázquez autor del trabajo de titulación **"PRISIÓN PREVENTIVA: ANÁLISIS DE CASO DEL PROCESO No. 01283-2016-04794G"**, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Cuenca, 07 de septiembre de 2021



Bernardo Sebastián Vintimilla Vázquez

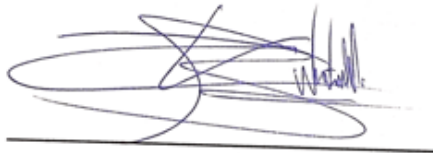
C.C.: 0105399869

Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

Bernardo Sebastián Vintimilla Vázquez, en calidad de autor y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación **“PRISIÓN PREVENTIVA: ANÁLISIS DE CASO DEL PROCESO No. 01283-2016-04794G”**, de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Así mismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 07 de septiembre de 2021



Bernardo Sebastián Vintimilla Vázquez

C.C.:0105399869

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación se lo dedico a mis padres, por ser ese apoyo y pilar tan fundamental en la vida que me ha permitido conquistar todas mis metas propuestas.

A mis abuelos, quienes me inculcaron los mejores valores que son y serán la guía para el correcto desempeño de esta profesión.

A Michelle, quien me ha brindado el impulso necesario para superar todos los obstáculos que se han impuesto en el camino

AGRADECIMIENTO

A los profesionales del derecho Diego Martínez Izquierdo y Christopher Gallegos Rodas, por su apoyo y direccionamiento en el presente trabajo y quienes aportaron a través de sus conocimientos a mi formación en la rama del Derecho Penal. Gracias.

Capítulo I: De la prisión preventiva en general

1.1 Antecedentes

La historia de la prisión preventiva del procesado está vinculada al principio de presunción de inocencia, tratada en la Roma antigua, a través de diversas alternativas con las que se llegó a la total prohibición de esta medida cautelar por mantener intacta la inocencia, en la edad media con el desarrollo del proceso inquisitivo la prisión preventiva se convirtió en el presupuesto ordinario de la institución basada esencialmente sobre la disponibilidad del cuerpo del acusado como medio para obtener la confesión per tormenta y sólo volvió a ser estigmatizada en la época de la Ilustración, de forma simultánea con la reafirmación del principio *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* y el redescubrimiento del proceso acusatorio. (Ferrajoli, 1995) (p. 551)

Existen varios autores que han cuestionado a la medida de la prisión preventiva, encontrándose algunos en la posición que la defienden etiquetándola de un mal necesario, sin embargo, expresan que esta institución debe ser regulada bajo un marco de limitaciones respecto a su duración y que la misma obedezca a determinada finalidad.

La prisión provisional es un acto cruel en contra de la persona procesada, ya que, esta es encarcelada antes de que su causa haya sido escuchada, y que va más allá de lo necesario para asegurar su custodia, va contra la ley de la naturaleza (Hobbes, 1651)

La manera en como se dá la institución de la prisión preventiva en contra de un hombre es similar a un asalto de criminales. Ya que se encuentra lleno de injusticia e inmoralidad, por lo que es necesaria su limitación, tanto en el tiempo de duración como en los presupuestos referentes a las estrictas necesidades del caso. Sin embargo, concluye que era un mal necesario y lo acepta bajo determinados requisitos situándose en el pensamiento liberal clásico. (Beccaria, 1764).

Frente a esto Luigi Ferrajoli analiza la consecuencia de esta legitimación por parte de los autores mencionados en el párrafo precedente concluyendo que:

El giro autoritario e inquisitivo de la cultura penal del siglo XIX se asentó de manera profunda en todos los ordenamientos jurídicos de Europa enmarcándose en las constituciones, códigos y en la práctica hasta alcanzar las dimensiones actuales. Ferrajoli sostiene también que la consecuencia más peligrosa de la prisión preventiva es que ya no está sometida a estrictos requisitos, sino es una herramienta de prevención para impedir que se cometan otros delitos por parte del sujeto procesado, basándose únicamente en presunciones de peligrosidad por sospechar que se cometió un delito, vulnerando así un principio de presunción de inocencia y condenándolo a una pena sin previo juicio. (Ferrajoli, 1995) (p.552)

Históricamente cuando la corriente del fascismo tuvo su auge, el principio de presunción de inocencia se encontraba en crisis, por lo que existió un uso desmedido y abusivo de la prisión preventiva debido a su abierta legitimación, en el gobierno de Benito Mussolini, se estableció la captura obligatoria y automática, suprimiendo a su vez la caducidad de la prisión preventiva consecuentemente no existía límite de tiempo respecto de la duración de esta institución. (Rocco, 1930)

Frente a esta medida procesal existieron graves críticas puesto a que la misma implicaba una presunción de culpabilidad del imputado ya que no se tomaba en cuenta los requisitos mínimos para que se conceda esta medida de ultima ratio, poco importaba el peligro de fuga o de obstaculización de las pruebas, incurriendo así en arbitrariedades por parte del sistema. Posterior a esto, la institución de la prisión preventiva se ha mantenido en un constante cambio de acuerdo a los ideales de los gobiernos en turno o modelos que los mismos tomaban sea el inquisitivo o el acusatorio de corte adversarial.

1.2 Principios rectores que rigen la aplicación de la prisión preventiva

Los principios son fundamentales para una aplicación considerada de los derechos del procesado, si son aplicados los principios rectores de la manera adecuada en la prisión preventiva, esta será legítima y evitará una influencia política, ideológica o de cualquier otro tipo. Ya que, si los principios rectores no son tomados en cuenta, la arbitrariedad resalta de manera inmediata actuando en un marco de irrespeto a los derechos. Por lo tanto, los principios proveerán las garantías necesarias para una interpretación correcta de los elementos o requisitos de la norma procesal referidos a la prisión preventiva. Los principios fortalecen a la seguridad jurídica que no se debe dejar de lado, por ningún tipo de subjetividad que pueda presentarse al momento de la decidir sobre la institución de la prisión preventiva, a continuación, detallaré los principios que rigen a la prisión preventiva:

1.2.1 Principio de legalidad.

Este principio necesariamente se debe tomar en cuenta para la limitación de un derecho fundamental a causa de una medida cautelar, ya que permite legalmente habilitar la medida cautelar desde un punto de vista previsible, consecuentemente la misma deviene en legítima.

Así la Constitución de Ecuador en su artículo 76 numeral 3 dispone:

Que nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento. (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008c)

Por lo tanto, la ley tiene que establecer previa y claramente los presupuestos necesarios para restringir la libertad a través de esta medida, es menester que se cumplan todos estos requisitos en el caso concreto pues la falta de cualquiera de ellos acarrea que no se pueda

restringir este derecho fundamental como es la libertad. Estas medidas restrictivas sólo podrán dictarse por la autoridad judicial competente basándose estos por lo previsto en la ley e impondrán esta medida a través de resolución debidamente motivada.

En este marco de legalidad es importante distinguir el principio de legalidad sustancial de la procesal. El principio de legalidad sustancial opera respecto a la existencia del delito, es decir nadie puede ser sometido a un proceso penal y menos ser condenado por un delito que no esté previsto en la ley al momento de su cometimiento. En tanto que el principio de legalidad procesal consiste en la plasmación normativa clara, precisa y previa a la actuación procesal, otorga seguridad jurídica porque ya se sabrá con plenitud cuáles son las reglas, procedimientos, presupuestos, entre otros que sean necesarios para iniciar el proceso penal, restringir o limitar un derecho fundamental. (Reátegui, 2017) En tal situación, no sólo debe tenerse en cuenta el control de legalidad en la audiencia de prisión preventiva sino también verificar que no se vulnere a la Constitución o los Tratados Internacionales pues es necesario que la prisión preventiva resulte compatible al bloque de constitucionalidad.

1.2.2 Principio de Proporcionalidad en sentido amplio

Considerado como un pilar fundamental para la legitimación de la medida cautelar de prisión preventiva, el principio de proporcionalidad tiene por función, el control de todo acto que emane del Estado y en el que pueda ser lesionado algún derecho fundamental, de esta manera actúa como un mecanismo jurídico que protege los derechos de la ciudadanía ya que asigna ciertos límites a la intervención del Estado ponderando entre los intereses generales que este persigue y los derechos fundamentales de los individuos que pueden ser afectados únicamente de manera excepcional y justificada. Lo que significa que no se puede restringir un derecho por sobrepasar lo estrictamente necesario para obtener el fin pretendido.

Frente a lo mencionado se genera un conflicto de intereses entre la eficacia del ius puniendi del Estado en el sentido de administración de justicia, frente a la presunción de

inocencia y a la libertad personal del imputado. Conflicto que por este principio debe resolverse a través de un juicio de ponderación de los intereses en juego en el caso concreto.

Para establecer los alcances del principio de proporcionalidad en sentido amplio es necesario desarrollar tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

la proporcionalidad garantiza que no se otorgue automáticamente la prisión preventiva, menos aún de forma arbitraria, sino bajo riguroso cumplimiento de la necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Consecuentemente la proporcionalidad no tendrá que ser mencionada en forma lírica, sino que deberá contar con una justificación adecuada en el caso concreto. Por lo que es necesario evaluar los presupuestos tanto materiales como procesales de la prisión preventiva, es decir si se ha cumplido cabalmente los requisitos exhaustivamente y se den por verificados, caso contrario esta medida tiene que ser rechazada. (Reátegui, 2017) (p. 111)

La proporcionalidad se enfoca en la resolución de conflictos de normas constitucionales, esta pondera y permite elegir por uno de ellos sea interés colectivo referente a la administración de justicia o sea derecho individual concerniente a la libertad de la persona procesada, configurándose una protección del sistema jurídico ante una posible decisión arbitraria. Otra cualidad del principio de proporcionalidad es que materializa la vigencia de los principios que rigen frente a la medida de la prisión preventiva, ya que al encontrarnos con una norma que restringe derechos como la mencionada medida, esta debe guardar relación con la legitimidad de la norma, pues si es contraria a los principios que rodean a esta institución, la medida no será proporcional consecuentemente la ilegitimidad estará presente. Por lo tanto, es necesario un análisis profundo de la proporcionalidad en sentido amplio en sus tres ramificaciones esto es: idoneidad, necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto, por lo

expuesto este principio impulsa la intervención mínima del derecho penal desde una arista de última ratio en la adopción de una medida cautelar.

A manera resumida el principio de proporcionalidad busca un equilibrio entre el daño que causa una medida que implique la pérdida de libertad, y lo que se gana frente a esto, que sería facilitar la administración de justicia a través de la comparecencia del imputado al proceso. Por lo tanto, al aplicar la medida de prisión preventiva se debe ponderar, el daño que causa la privación de libertad en el ámbito de relaciones sociales, familiares, laborales, económicas, y en muchos casos detrimento tanto en integridad física como psicológica. Frente a facilitar la administración de justicia.

Cómo bien detalla la doctrina traída a colación que habla acerca de la prisión preventiva con hincapié en el principio de proporcionalidad, se determina que tiene requisitos a cumplirse para satisfacer el mismo, esto es el cumplimiento de subprincipios de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto. Y todos estos operan con el propósito de valorar la legalidad y legitimidad de las intromisiones estatales en los derechos fundamentales.

1.2.2.1 Idoneidad

Uno de los subprincipios que se deben cumplir para satisfacer el principio de proporcionalidad en sentido amplio es el de idoneidad, este implica que una medida estatal es idónea si conduce a que se alcance la obtención del fin perseguido legítimamente por el Estado. Esta finalidad debe estar acorde a la Constitución, caso contrario es improcedente. En consecuencia, este subprincipio presupone analizar la constitucionalidad de la finalidad que se persigue con la norma sometida a control. El fin que persigue a cualquier medida cautelar debe ser constitucionalmente legítimo, con especial consideración en el derecho a la presunción de inocencia del imputado. (Del Río Labarthe, 2016) Cualquier medida cautelar que se apoye en una noción de prevención, que se ejecute con el propósito de evitar la alarma social, o con fines de anticipación punitiva en una instancia previa a la sentencia condenatoria debe ser reputada

como inidónea, en tanto vulnera el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Por lo tanto, de la idoneidad se desprende que la prisión preventiva debe responder a una estricta sujeción de los procedimientos y causas establecidos en la ley. Ya que, nadie puede ser sometido a una limitación de su libertad personal por causas y métodos que, aún calificadas de legales, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo.

(Krauth, 2018) analiza este subprincipio y concluye que “para satisfacer la idoneidad, la motivación de la medida debe permitir la adecuación entre la limitación del derecho fundamental y la finalidad de la medida, en relación con la obtención de la prueba relevante y los efectos del delito”. (p. 47) En relación a lo antes mencionado podemos entender que una medida es idónea para alcanzar la finalidad prevista cuando, con su auxilio se aproxima al resultado pretendido y será inidonea cuando no sea congruente para alcanzar el objetivo proyectado sin tener eficacia alguna en relación a la finalidad perseguida.

1.2.2.2 Necesidad:

El segundo de los subprincipios que componen al principio de proporcionalidad en sentido amplio para la legitimación de la prisión preventiva es el de necesidad, procedemos a analizarlo de la siguiente manera:

Actúa este subprincipio de la siguiente manera de acuerdo a (Borowski, 2003) “Restringir un derecho fundamental a través de una medida no es necesario en el momento cuya finalidad es posible de ser alcanzada por otro medio menos lesivo, y por lo menos igualmente eficaz.” (p. 130). Por lo tanto, en el caso de las medidas cautelares personales, se impondrán las mismas cuando sean estrictamente imprescindibles para la consecución de un fin perseguido, la manera de advertir la necesidad de su imposición parte de un criterio comparativo. Es decir, la solicitud de la medida debe ubicarse frente a una pluralidad de

medidas cautelares personales, ofrecidas por determinado ordenamiento jurídico para la conservación del resultado del proceso penal.

Menciona respecto de este subprincipio (Sanguiné, 2003) “su aplicación obliga a los órganos del Estado a comparar, junto a la medida limitativa cuya admisibilidad se comprueba, otras medidas que pudieran ser adoptadas en el caso concreto, que sean suficientemente idóneas para la satisfacción del fin perseguido.” (p. 651)

Consecuentemente posterior a pasar por el examen de idoneidad de la medida, verificado este subprincipio, pasamos a someter la solicitud de la medida al criterio de necesidad en el caso concreto. Pues de la variedad de medidas cautelares que existan en un ordenamiento jurídico se debe elegir la menos lesiva para el cumplimiento de la finalidad propuesta, es decir, aquella que constituya la limitación menos intensa de los derechos afectados. La limitación o restricción de derechos fundamentales ha de ser absolutamente necesaria y no susceptible de ser sustituida por otro mecanismo menos gravoso, pero igualmente eficaz. Por lo que debemos tener en cuenta que la medida menos intensa es siempre prioritaria y que la medida cautelar más grave es de naturaleza subsidiaria. Por lo tanto, si elegimos a la prisión preventiva como medida cautelar debemos suponer que esta es la última medida a recurrir y que no habría otra medida que pueda alcanzar la finalidad propuesta.

El profesor (Krauth, 2018) se pronuncia respecto de este subprincipio y manifiesta lo siguiente:

El juez al ser solicitado para decretar u ordenar una medida, debe exigir al investigador que presente las alternativas que tiene y que justifique que no existe otra posibilidad. Si no aquella de limitar un derecho fundamental. Es decir, el juzgador debe evaluar que, efectivamente el resultado pretendido no se podría obtener o sería sumamente difícil llegar al mismo. Sólo así podrá autorizar la injerencia. Este subprincipio significa que el medio seleccionado para alcanzar

el fin propuesto, no puede ser reemplazado o sustituido por otro igualmente eficaz, al mismo tiempo que se exige que no restrinja el derecho fundamental o lo haga de una manera menos gravosa. (p. 50)

1.2.2.3 Proporcionalidad en sentido estricto:

Este es el último subprincipio que compone al principio de proporcionalidad en sentido amplio, este busca ponderar el conflicto de dos intereses que se encuentran en juego frente a un proceso penal en la etapa de formulación de cargos al momento de considerar medidas cautelares, por un lado, está el interés colectivo representando por el Estado en busca de la administración de justicia, y por otro lado ya desde una arista individual están los derechos fundamentales de la persona procesada.

Para que el derecho penal pueda intervenir de manera legítima en la libertad o en los demás derechos fundamentales de la persona procesada, la realización del objetivo de la intervención es decir protección del bien jurídico debe ser por lo menos equivalente al grado de afectación de la libertad o del derecho fundamental. (Alexy, 2007)

En el Ecuador frente a esta medida el juez en el marco debe estar atento a la situación real que se vive en las cárceles por este subprincipio, cómo por ejemplo si la normativa prohíbe el hacinamiento, no se puede desprender de la norma que no hay hacinamiento en la realidad de las cárceles ecuatorianas, frente a esto al juez le corresponde verificar las condiciones reales en la cárcel en cuestión como por ejemplo si hay realmente un acceso efectivo a la salud y demás situaciones que debe considerar. Caso contrario todo daño que pueda sufrir la persona en contra de su integridad debe ser tomado en cuenta en la ponderación constitucional. no hubiera proporcionalidad en sentido estricto. (Krauth, 2018).

El control de admisibilidad de las medidas que limitan la libertad debe descansar básicamente sobre su proporcionalidad. La proporcionalidad debe evaluarse tendiendo en

cuenta no sólo la finalidad de la medida sino también la restricción que impone al ejercicio del derecho constitucionalmente consagrado.

1.2.3 Principio de excepcionalidad

La excepcionalidad es una de las características mas importantes que deben ser consideradas cuando se vaya a dictar prisión preventiva, ya que esta es la medida cautelar mas grave debido a que la misma acarrea una fuerte injerencia frente a los derechos fundamentales de la persona procesada, por lo tanto, debe obedecer a su carácter de excepcionalidad como limite de aplicación. Es decir, reconocer a esta medida con el carácter de ultima ratio, situación que imperativamente debe estar fundada para su aplicación. De acuerdo a (Reátegui, 2017): “La prisión preventiva nunca puede convertirse en regla general y aplicarse cuando no cabe otra opción para el cumplimiento de los fines que la justifica. Sólo será esgrimida cuando se aprecie su naturaleza excepcional”. (p.74)

1.3 Fundamentos legítimos de la prisión preventiva de acuerdo a la CIDH

Los fundamentos legítimos para la prisión preventiva son el peligro de fuga y el peligro de obstaculización. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2016)

1.3.1 Peligro de Fuga

Se requiere un peligro procesal de cierta intensidad para que un juez dicte medida de prisión preventiva, para así asegurar la presencia de la persona procesada, es importante distinguir hasta que punto son suficientes las medidas no privativas de libertad, esto dependerá de la intensidad del riesgo procesal que tiene dos componentes el peligro de fuga y la gravedad del delito, sin embargo, si no hay ningún riesgo de peligro de fuga no se puede dictar prisión preventiva incluso en delitos graves. No existe ningún automatismo entre gravedad de la pena y peligro procesal. (Krauth, 2018).

El peligro de fuga no se puede apreciar según criterios abstractos, si no según el tenor literal de la ley y sólo a causa de las circunstancias del caso concreto. Por consiguiente, de la gravedad

de la imputación y de la cantidad de la pena esperable no se puede inferir peligro de fuga, sin mayor reflexión, en la sospecha de fuga es menester considerar las circunstancias particulares del caso en concreto. Sostener el peligro de fuga se desprende de la intención de asegurar la sujeción del imputado al proceso fundamentalmente en el juicio oral y en preservar la presencia del imputado al momento de ejecutar la probable pena a imponer. La fuga frustra la ejecución de la pena, que no es solo consecuencia de un proceso penal, sino su finalidad mas importante. (Roxin, 2019)

De acuerdo a (Del Río Labarthe, 2016) “es muy frecuente encontrar casos donde quien avizora para así una larga condena, dedica todo su esfuerzo para encarar una defensa eficaz, con conocimiento de qué fugar puede complicar su situación familiar, laboral, etc. Situación que reduce el peligro procesal.”

Por lo tanto, la sola gravedad de la pena no implica un indicio como tal del peligro de fuga, sino que se tienen que observar las circunstancias específicas del caso en concreto. Una justificación de la excepcionalidad de la medida cautelar personal es el peligro de fuga, sin este, la institución de la prisión preventiva no tendría cabida en el proceso penal, debido a que no hay como ingresar en un centro penitenciario al procesado que si se somete a la acción de la justicia. El peligro de fuga implica no someterse al proceso que se le sigue en su contra, pues es posible que la persona se comporte reacio o desobediente, a esta forma de manifestación del imputado.

1.3.1.1 Criterios para evaluar el peligro de fuga:

1.3.1.1.1 Arraigos en el país del imputado:

Necesariamente el arraigo tiene que establecerse en el país donde se ha cometido presuntamente el delito que se está investigando. El arraigo debe ser entendido como el establecimiento de una persona en un lugar por su vinculación con otras personas o cosas donde esta desarrolle su vida.

la falta de arraigo no comporta por si misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero si permite presumirlo cuando se combina con otros factores relevantes en el caso en concreto. El arraigo está determinado por los factores domiciliario, familiar y laboral.

1.3.1.1.1 Arraigo domiciliario:

El imputado tendrá que proveer la dirección domiciliaria donde reside hasta antes de haber sido puesto a la disposición de la autoridad competente y esto no tiene que ver con la autoincriminación ni vulneración del debido proceso, ya que no esta declarando sobre los hechos que se le imputan sino a datos de identificación como generales de ley o datos de identificación donde se encuentra el domicilio.

Entre las circunstancias que pueden acreditar el arraigo domiciliario se encuentran la posesión o propiedad de bienes situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. Sin embargo, es necesario que la institución de la prisión preventiva se acentúe en un contexto que no sea extraño a la realidad. Así las personas que no tuvieran propiedad, bastará con acreditar un domicilio en donde se les pueda encontrar precisamente para que estén sujetas al proceso. Aquí se presenta una gran problemática debido a que normalmente se presume que si la vivienda está alquilada puede fugar en cualquier momento la persona procesada porque no tiene arraigo. Para contar con el arraigo domiciliario no es indispensable que sea propietario del bien la persona, si no basta la mera tenencia, no debe valorarse el peligro de fuga respecto de quienes no poseen viviendas sino la sujeción o no del imputado al proceso penal. (p. 218)

De lo expuesto podemos concluir que si se asume que se debe ser propietario para tener arraigo domiciliario entonces incurrimos en una expresa declaración de discriminación por razón económica debido a que estaríamos frente a una posible aberración de que quien no tenga propiedad, fugará. El arraigo domiciliario no puede ser interpretado en el lenguaje rígido, tiene que estar acorde a la realidad del encausado en el proceso penal correspondiente, pues de lo

expuesto se entiende que este arraigo está probado con la sola dirección donde será notificado, frente a esto se observa claramente que Fiscalía utiliza esa misma dirección para realizar los allanamientos, por lo tanto, mal no podría considerarse este arraigo.

La condición de no contar con un arraigo no produce una imposición necesaria de prisión preventiva, por ejemplo, la condición de extranjero no genera la aplicación automática de la prisión preventiva, sino que se tiene que evaluar conjuntamente con los demás requisitos que la norma expone. La posibilidad que tiene el procesado extranjero para cruzar una frontera no es indicio de peligro de fuga. La medida que ha llegado a sostenerse en el trato que se les dispensa en el ámbito de medidas personales a las personas extranjeras es discriminatorio. La fundamentación necesariamente debe evaluar las circunstancias particulares del imputado, que determinen una apreciación global de la situación, que vaya más allá de su sola condición de foráneo. (Barona, 2006)

1.3.1.1.2 Arraigo familiar

El arraigo familiar se configura en el lugar donde reside la persona procesada y se encuentren sus lazos familiares, un elemento necesario del arraigo familiar es la dependencia de los familiares con la persona procesada, esto significa que el imputado tiene que ser el sustento de la familia es decir que tenga una responsabilidad indispensable para con la familia. Esta dependencia puede ser económica o emocional. consecuentemente no tiene importancia que el familiar no viva en el mismo domicilio que reside el imputado, sólo se requiere que exista una dependencia. (Reátegui, 2017)

1.3.1.1.3 Arraigo laboral

(Gutierrez de Cabiedes, 2004) manifiesta que: “este arraigo hace mención a la capacidad de subsistencia del imputado que debe provenir de un trabajo que desarrolla en el país.” (p. 219).

El problema se presenta cuando el trabajo no es formal y es eventual. Cuando nos encontramos frente a esta situación existe determinada dificultad debido a que en el Ecuador tenemos un gran porcentaje de personas que están en este sector de actividad laboral informal, por lo tanto tendrá que valorarse este particular de acuerdo a las necesidades de la familia, por ejemplo si una persona tiene un hijo que estudia podemos inferir que hay una actividad laboral ya que existe sustento a la familia o por ejemplo, si es que existe un acuerdo de pago que esta siendo cancelado en fechas programadas en razón de una deuda concluimos de igual manera que existe un trabajo que facilita el cumplimiento de estas obligaciones. (Reátegui, 2017)

1.3.2 Peligro de obstaculización

Para la evaluación del peligro de obstaculización de los elementos de prueba se necesita identificar los indicios que corren peligro de ser obstruidos, con el fin de protegerlos del imputado. Sin embargo, es necesario que estos peligros sean reales, mas no meras enunciaciones abstractas o reiteración lírica sin contenido concreto, pues el peligro procesal no se presume. Al contrario, deberá contar con cierta solidez probatoria y es por esta razón que el fiscal tiene una labor fundamental en el proceso. Existe el peligro de obstaculización cuando se tiene conocimiento de la existencia de la prueba y surge así la necesidad de protegerla de una futura destrucción, modificación, ocultamiento, supresión o falsificación. Prueba que podría ser obstaculizada por el imputado. Es importante apuntar que el peligro de obstaculización fundará una prisión preventiva, con la compañía de los demás presupuestos de la institución de la prisión preventiva, cuando no exista medio idóneo o razonable que permita evitar este riesgo. (Reátegui, 2017) (p. 233)

Es importante distinguir si la obstaculización está referida a la investigación propiamente dicha o a la recolección de prueba como parte de la investigación fiscal. Ya que, si nos referimos a la primera, la persona procesada no podría ser internada, porque eso haría entender una falta de institucionalidad de este órgano, pues la investigación que se emprende

le permite al fiscal realizar pericias, inclusive puede solicitar ayuda del juez. Por lo tanto, obstruir la investigación propiamente dicha implicaría no permitir que se lleve a cabo las diligencias antes mencionadas, el fiscal tiene el poder de investigar y el imputado no podrá limitarlo. Haciendo referencia a la obstaculización de la recolección de las pruebas si es posible manipular la prueba misma en términos de destrucción, modificación, supresión, falsificación, influir en los testigos, peritos, como imputados o inducir a otro para que realice tal comportamiento. Limitando así el conocimiento de la verdad. (Gutierrez de Cabiedes, 2004)

Podemos concluir que la prueba es una garantía fundamental en el proceso penal. Pero privar al imputado de su libertad ambulatoria para proteger pruebas sin haber comprobado todos los requisitos necesarios para motivar de manera adecuada la prisión preventiva o haberse solo basado en meras enunciaciones abstractas sin demostrar un peligro concreto sólo manifiesta una carencia de logística y la capacidad del Estado para tal fin. Transfiriendo así falencias de la administración de justicia al imputado para que padezca en prisión, siendo esto una solución que no da valor a la inocencia y libertad que el Estado proclama.

Ahora, en el marco de esta problemática, si la motivación de la prisión preventiva es la protección de los elementos de convicción entonces, en tanto ya se habrían recaudado, el procesado tendría que salir libre ya que se habría cumplido con tal finalidad, la cual fue proteger los elementos de prueba. Ubicando así al imputado aún en un marco de presunción de inocencia.

1.4 Prisión preventiva en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

En el marco del derecho interno el ordenamiento jurídico ecuatoriano contempla y regula a la institución de la prisión preventiva tanto en el Código Orgánico Integral Penal como en la Constitución de la República.

1.4.1 Constitución de la República

La denominada necesidad de cautela de la prisión preventiva, se encuentra en el artículo 77 numeral 1 de la Constitución de la República. Artículo que contenía reglas vigentes el momento en que se suscitaron los hechos del caso traído a análisis, para la privación de libertad en referencia a la prisión preventiva. Y establecí a la excepcionalidad como primer punto para garantizar comparecencia de la persona procesada al juicio o para garantizar el cumplimiento de la pena. Sin embargo en el año 2020 existió una reforma que también incluye como regla de privación de libertad provisional, cuando se busque garantizar los derechos de las víctimas a una justicia pronta y sin dilaciones (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008c)

Podemos observar que este artículo de plano ubica a la medida de prisión preventiva como excepcional y a su vez determina las finalidades que persigue la misma como asegurar el cumplimiento de la pena; sin embargo considero que al establecer como finalidad el cumplimiento de la pena estamos rompiendo ya con la presunción de inocencia y considerando culpable a la persona procesada ya que la pena se cumplirá únicamente cuando exista sentencia condenatoria y ejecutoriada, por lo tanto, la Constitución debería tratar un eventual cumplimiento de la pena ya que la misma contiene también a la presunción de inocencia y existe la posibilidad que se dicte tanto el sobreseimiento como una sentencia ratificatoria de inocencia a favor del procesado.

Referente a la prisión provisional existieron pronunciamientos que podemos encontrar en el diario de debates de la Asamblea Constituyente, referentes a la prisión preventiva, a continuación detallaremos algunos de ellos:

Está el pronunciamiento de la asambleísta Rafael Estévez quien realiza un análisis del bloque de constitucionalidad y concluye que “si bien en el Ecuador no estaba establecido un tiempo límite de la prisión preventiva, nosotros al suscribir la Convención Interamericana nos obligamos a incorporar un límite de duración de la prisión preventiva.” (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008a) (p. 148)

La prisión preventiva es un tema que en el Ecuador los jueces no la aplican de manera correcta, y en varias ocasiones injustificadamente mantienen con esta medida cautelar en prisión a gente que resulta ser inocente, situación que configura una injusticia que se practica en este país ya que es una medida que se utiliza como regla general y no como excepcional, ya que esta debe ser aplicada cuando realmente lo amerite y debe estar acorde a los principios internacionales que rigen a esta institución. (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008b) (p.142)

1.4.2 Código Orgánico Integral Penal

En el diario de debates de la Asamblea Nacional respecto de la elaboración de este Código contiene debates referentes a la institución de la prisión preventiva, destacando determinadas posiciones como Solicitudes para crear una nueva medida cautelar, que sería la detención obligatoria para los delitos atroces y solo pueda finalizar la misma al momento de escuchar una sentencia, ya que sin esta figura aquellos que cometan delitos atroces podrán estar libres si caduca la prisión preventiva en 6 meses o un año, realiza un parangón diciendo que si existe la detención con fines investigativos que esta incluye allanamientos a domicilios, porque no puede existir una medida que realmente brinde seguridad. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014b) (p. 52)

El asambleísta Fernando Bustamante se pronuncia en distinto sentido indicando que: El objetivo de la prisión preventiva, no es castigar, y es por esto que la sociedad establece normas y reglas claras, entendiendo razones específicas por la cual alguien puede estar sometido a prisión antes de haber sido sentenciado. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014a) (p. 15)

Frente a estas posturas el debate se encamina a estar en contra de evaluar la peligrosidad de una persona procesada en base a un criterio a priori como lo es estudiar su pasado judicial; La Corte Interamericana ya sentenció al Ecuador por este particular en el caso Chaparro Álvarez y Iapo Iñíguez versus Ecuador, manifiesta la Corte que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario sólo está autorizado a privar de libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio. Sin embargo, aún verificado este extremo la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivos atribuibles a la pena. que por lo tanto no se puede establecer una separación entre aquellos que han entrado a cumplir una medida cautelar de prisión preventiva por la gravedad del supuesto delito cometido o por su supuesta peligrosidad; viola la presunción de inocencia, el principio de igualdad ante la ley y hace que el derecho penal funcione como un estigmatizador. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014c) (p. 91)

Al ubicarnos en el escenario de determinar una peligrosidad a priori con acuerdo con el citado asambleísta en virtud a que se crearía una incertidumbre respecto de si las personas gozan de un derecho a rehabilitarse ya que, si cometieron un delito anterior, cumplieron una pena; considerarlos peligrosos de manera anticipada en un proceso futuro nos hace incurrir en juzgar un pasado judicial situación que no está permitida por nuestra Constitución de la República.

El Código Orgánico Integral Penal establece reglas generales de las medidas cautelares en las que se establece principalmente la condición al juzgador de dictar una medida cautelar siempre y cuando la solicitud fiscal esté debidamente fundamentada, y el juzgador resolverá de manera motivada siempre y cuando considere parámetros de necesidad y proporcionalidad. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d)

Respecto de la finalidad y requisitos de la prisión preventiva vigentes al momento de la formulación de cargos del caso traído a análisis, encontramos como finalidad garantizar la

comparecencia de la persona procesada y asegurar el cumplimiento de la pena siempre que concurren como requisitos, elementos de convicción de los que se desprenda la existencia del delito, la autoría o complicidad del procesado, que el delito tenga pena superior a un año y que se desprenda que las medidas no privativas son insuficientes. Sin embargo, en el año 2020 existió una reforma a este artículo que implementó en el último requisito mencionado que fiscal debe demostrar 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. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d)

Capítulo II: Sobre el caso 01283-2016-04794G

2.1 Síntesis del caso:

Fiscalía General del Estado comienza una investigación previa por asociación ilícita en enero de 2016 posterior a una denuncia realizada en forma anónima acerca de varios incidentes que acontecían en distintas zonas del mercado El Arenal sector Feria Libre en la ciudad de Cuenca, relacionados con amenazas, intimidaciones, extorsión, venta de objetos de dudosa procedencia, receptación y usura en el sector Feria Libre.

Se solicita por parte de Fiscalía en noviembre de 2017 a la jueza de Unidad Penal del cantón Cuenca que autorice interceptación de teléfonos, seguimientos, vigilancia, toma de fotografías, grabación de audio y video con la finalidad de recabar elementos de convicción. En fecha 26 de diciembre, una trabajadora del mercado El Arenal que se mantiene en anonimato, realiza una denuncia verbal manifestando que en el mercado existe un grupo de personas que se dedican a cobrar a través de amenazas por un supuesto servicio de seguridad que brindan, pero solo se dedican a pedir dinero y si no pagan, estos amenazan de muerte. Esto tendría preocupados a todos los comerciantes.

En la misma fecha, realizó otra denuncia verbal una persona que prefirió estar en anonimato igualmente, manifestando que existe en el llamado callejón de la muerte en el mercado El Arenal un grupo de personas que se dedican a extorsionar pidiendo dinero a los propietarios de locales informales, a cambio de seguridad y dejarles laborar en estos espacios y que, a cargo de todas estas personas está la pareja de esposos alias La Comandante y alias Manny quienes se dedican también presuntamente al expendio de drogas, indicando también que alias Churos es la encargada de hacer los cobros a los comerciantes.

El día 27 de diciembre del año 2017 la Policía Nacional, realiza un informe acerca de lo actuado en cuanto a seguimientos y vigilancias, identificando distintos seudónimos como: Luis, Tequila, Carlos, July, Nino, Timoteo, David, Byron, Advíncula, Monje, Jefferson,

Murillo, Alomia, Comandante, Manny, Churos, Jiménez, Iñiguez, Jefferson, entre otros quienes presuntamente mantendrían reuniones inusuales y sospechosas, en diferentes lugares del cantón Cuenca, manifiestan que el modus operandi de esta organización compuesta por ciudadanos de nacionalidad ecuatoriana y colombiana, es dedicarse a cometer varios delitos como el de extorsión, bajo amenazas e intimidación, cobrando así de manera obligada dinero por concepto de seguridad a los comerciantes del mercado El Arenal, causando perjuicio patrimonial para los ya mencionados comerciantes, y a la vez dentro del referido mercado se dedican a la comercialización de sustancias sujetas a fiscalización actividad liderada por Manny, La Comandante y Churos.

En los partes informativos de la Policía Nacional dijo que este grupo de personas se dedican a la extorsión y comercialización de sustancias sujetas a fiscalización, teniendo como su centro de operaciones al mercado El Arenal, cuyos cabecillas serían Alias Tequila y alias Luis, quienes a través de llamadas telefónicas dirigen esta red a través de alias July, Carlos, David, Byron, Advíncula, Alomia, Jefferson, los cuales reciben cobros por servicios de seguridad no reglamentados, venta de puestos, mientras que la comercialización de sustancias sujetas a fiscalización estaría a cargo de alias Manny, alias Churos y Alias la Comandante, quienes realizan reclutamiento de gente para presuntamente perpetrar estos actos ilícitos. Fiscalía solicita a la Jueza a cargo, el allanamiento y detención con fines investigativos de todas las personas sospechosas dentro de la causa. Se procede posteriormente a realizar un examen médico a todos los procesados, para poder comenzar con la legalización de la detención y finalmente se instala una audiencia de formulación de cargos.

2.2 De la formulación de Cargos:

Dentro de la formulación de cargos, él fiscal se pronuncia individualizando a cada uno de los procesados, posteriormente procede a detallar la relación circunstancial de los hechos relevantes y las infracciones penales que se imputen, pasa a indicar los elementos y resultados

de la investigación, y una vez realizado aquello se pronuncia acerca de la solicitud de medidas cautelares y de protección.(Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d)

Dentro del presente caso el fiscal al momento de la formulación de cargos, individualiza a los sujetos procesados y se pronuncia manifestando lo siguiente:

Lourdes Narcisa Dumes del Rosario alias La Comandante, se realizó interceptaciones telefónicas a partir del 23 de noviembre de 2017. De la sinopsis de las conversaciones telefónicas se extrajo varias comunicaciones y Fiscalía las detalla: una conversación con alias Michael y este le dice que va a traer cocaína desde Machala; otra conversación en la que una mujer desconocida que identifica a La Comandante como Luly, le indica que le depositó 100 dólares en la cuenta de banco. Fiscalía manifiesta que esto se relaciona con el tráfico de sustancias sujetas a fiscalización de acuerdo a las interpretaciones del analista; se interceptó además una llamada con un número desconocido en la que piden a alias La Comandante que le venda \$10 dólares de marihuana; una conversación en la que La Comandante le dice a alias Manny que le ayude porque está cargada y esta la policía. otra conversación donde alias Manny conversa desde el teléfono de La Comandante con un número desconocido diciendo que no le dé su número a nadie. Detalla el fiscal que de acuerdo a la observación del analista conversa sobre temas territoriales respecto de la venta de drogas.

Fiscalía indica que de igual manera se hicieron vigilancias con tomas fotográficas y seguimientos destacando lo siguiente: una reunión entre alias Manny, La Comandante y Churos en el mercado El Arenal; otra imagen donde La Comandante esta reunida con alias Manny, en su bien inmueble; otra fotografía de reunión entre alias Luis, Manny y La Comandante en el mercado El Arenal.

Una vez realizado aquello, el fiscal se pronuncia acerca de la solicitud de medidas cautelares y manifiesta que se cumple con el supuesto material establecido en el artículo 534 del COIP, en conexión con la necesidad de cautela relacionada con el art 77.1 de la

Constitución de la República que hace referencia a garantizar el proceso con la comparecencia de la persona procesada y garantizar un cumplimiento de la pena. Alega que esta ciudadana cumple con los requisitos del artículo 534 del COIP, en relación al numeral primero acerca de elementos de convicción suficientes de la existencia de un delito: el fiscal indica que se determina efectivamente la existencia de una asociación ya que existe un vínculo entre todos estos ciudadanos que, a través de llamadas telefónicas coordinan para realizar compras y entrega de sustancias estupefacientes, para posible venta de armas. En relación al segundo numeral del artículo en mención respecto de los elementos de convicción claros y precisos de que el procesado es autor o cómplice, alega el fiscal que con la identificación de número telefónico y esta al ser propietaria de la línea. Y finalizando con el tercer punto sobre los elementos suficientes que demuestren que las medidas privativas de libertad no son suficientes el fiscal indica lo siguiente: la ciudadana utiliza varios alias, no hay indicio que vaya a comparecer al proceso penal, peor aún si tiene que cumplir una pena, por lo que solicita se dicte orden de prisión preventiva en contra de dicha ciudadana.

Edgar Eduardo Estupiñán Cortez alias Manny, el fiscal indica que de vigilancias y seguimientos se pudieron obtener las siguientes fotografías donde se observa una reunión con alias La Comandante; otra fotografía que muestra reunión con otras personas que aparecen en esta investigación como alias Churos y alias La Comandante; la siguiente fotografía muestra que este ciudadano mantiene una reunión con Luis Guamán Naranjo.

Posteriormente el fiscal procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y de protección y manifiesta que de igual manera se cumplen presupuestos constitucionales de la denominada necesidad de cautela para garantizar la administración de justicia y la comparecencia de la persona procesada. Que de los supuestos materiales desarrollados en el artículo 534 del COIP en su primer y segundo numeral: elementos de convicción suficientes de la existencia de un delito y elementos de convicción claros y precisos

de que el procesado es autor o cómplice: el fiscal manifiesta que se determina de los seguimientos y vigilancias que se dan, pero sobre todo de la interceptación telefónica del celular del ciudadano que denota relación a la presunción de comisión de delitos como el tráfico de sustancias estupefacientes, las vigilancias que se vienen realizando por los miembros de la Policía Nacional que a través de fotografías se muestra la relación de alias Manny con algunos de los procesados, y los vínculos que mantiene son específicamente en el sector del Arenal. Respecto del numeral tercero del artículo 534 del COIP, elementos suficientes que demuestren que las medidas privativas de libertad no son suficientes: Fiscalía cree que se cumple con este presupuesto ya que cualquier medida no privativa de libertad resultará insuficiente para garantizar su comparecencia, ya que existen diferentes indicios de responsabilidad por lo que el fiscal manifiesta que está seguro que se va a sentenciar con una condena a este ciudadano y si afronta una pena de hasta cinco años de privación de libertad este ciudadano no va a comparecer en forma libre y voluntaria mucho menos si está relacionado con estos ilícitos, por lo tanto solicito se dicte prisión preventiva.

Luis Gonzalo Guamán Naranjo alias Luis/Chalo, de la sinopsis de las conversaciones telefónicas se extrajo varias comunicaciones y Fiscalía las detalla; en una conversación Luis le indica a Nino que escuchó que Naranjo les va a mandar a joder a terceras personas desconocidas por los puestos de La Comandante; otra conversación en la que Luis le dice a hombre desconocido que han ido a desalojar el callejón de Manuel Saca y este dice que está preocupado porque le dio 1000 dólares a Luis; además otra conversación en la que Luis le dice a Nino que la policía va a notificar a la Monja y a Cubano, y que no conteste números desconocidos.

De seguimientos y vigilancias Fiscalía indica que se obtiene fotografías de Luis en una reunión con alias La Comandante y con alias Manny, Fiscalía manifiesta que estos ciudadanos se asocian para delinquir.

Posteriormente el fiscal procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita prisión preventiva en contra de este ciudadano, alegando que se cumple con la necesidad de cautela establecida en la Constitución y se cumplen también con los requisitos del artículo 534 del COIP existen suficientes indicios sobre la existencia de un delito, así como claros elementos de convicción sobre la autoría de este ciudadano. De acuerdo a los vínculos que mantiene este ciudadano con los distintos procesados se colige la existencia del delito de asociación ilícita, sea reuniones o llamadas telefónicas. La pena supera un año, alega el fiscal que las medidas no privativas de libertad no son suficientes para garantizar su comparecencia, solo a través de la medida de prisión preventiva se lo hará.

Manuel David Naranjo Peñaloza alias David, de la sinopsis de las conversaciones mantenidas el fiscal indica que se obtiene lo siguiente; David mantiene una comunicación con alias July y le dice que más tarde la hija va a retirar el regalo. A su vez el fiscal dice que de las interpretaciones por parte de inteligencia este regalo sería droga; en otra conversación una tercera persona le dice a David que tiene una grande y una mediana y que le va a dejar en 90 dólares la piña. De las interpretaciones dice el fiscal, entendemos que se trata de armas de fuego.

Expone el fiscal que, de los seguimientos realizados a este ciudadano se pudo capturar las siguientes fotografías; la primera ubica al ciudadano en el sector de la Feria Libre, para concretar un cruce de manos de acuerdo a las interpretaciones de inteligencia; en la siguiente imagen dice el fiscal que se ve a este ciudadano en una reunión con alias July, trabajando en la Feria Libre, aparentando ser comerciantes.

Luego de aquello Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y de protección y manifiesta: Fiscalía solicita prisión preventiva para este ciudadano, indica que se cumple la necesidad de cautela, de acuerdo a los requisitos del artículo 534 del COIP en sus numerales 1 y 2 de acuerdo a la existencia de un delito y la responsabilidad de

este ciudadano, se determinó el número telefónico propiedad de David, tiene conversaciones con algunos de los procesados como ya se manifestó, se determina que este ciudadano quiere comercializar armas de fuego, se encuentra un arma de fuego en su domicilio. Respecto del tercer presupuesto del artículo 534 del COIP, Fiscalía manifiesta que, garantiza que este ciudadano no va a comparecer al proceso penal ya que va a cumplir una pena de hasta cinco años.

Esther Julia Jiménez Loaiza alias July, de la sinopsis de las conversaciones entabladas por esta ciudadana se pudo recopilar la siguiente información; una conversación en la que July toma contacto con David para hablar respecto de un regalo, inteligencia interpreta que se trata de droga. Otra interceptación de una conversación del teléfono de Luis con una tercera persona, quien manifiesta que quiere ponerse una tienda y está con problemas con los permisos, que si tiene oportunidad le da dinero y que coordinen con July.

De igual manera respecto de los seguimientos y vigilancias realizados por inteligencia, se pudo identificar las siguientes imágenes; una fotografía que muestra a July simulando ser comerciante de acuerdo al fiscal; otra imagen que muestra reuniones entre July, David y Byron; finalmente una imagen en la que se observa una reunión entre alias July, David, Advíncula y Murillo.

Posteriormente Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita se dicte medida de prisión preventiva, argumentando que se cumplen con los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP ya que se ha identificado el teléfono celular de esta ciudadana registrado a su nombre, mantiene conversaciones con varios de los hoy procesados, esta ciudadana tiene un grupo de trabajo con Byron y David, de seguimientos se determina que mantiene reuniones con estos ciudadanos y otros de los procesados, cumpliéndose así los numerales uno y dos del artículo 534 del COIP.

Alega el fiscal que el numeral tercero del artículo 534 del COIP se cumple en el sentido en el que esta ciudadana ya tuvo orden de prisión preventiva un proceso por cohecho que se descubrió en esta causa con miembros de la Policía Nacional, por lo que Fiscalía solicita se dicte prisión preventiva.

Jefferson Perdomo Manzano alias Jefferson, de los seguimientos que realiza La Policía, se toman fotografías donde se observa a Jefferson que se reúne con alias July en el mercado el Arenal; otra imagen que identifica una reunión de Jefferson con David en el mercado el Arenal, finalmente una imagen que muestra a Jefferson en un cruce de manos en la entrega de talonarios, el fiscal indica que esta situación esta relacionada al delito de extorsión ya que emiten tickets como supuesta empresa de seguridad para proteger a los comerciantes, pero de ellos mismos.

Posteriormente el fiscal procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita se dicte prisión preventiva en contra de este ciudadano, indicando que se cumple la necesidad de cautela, y los presupuestos materiales establecidos en el artículo 534 del COIP en sus numerales 1 y 2 tanto la existencia de un delito y la convicción de la autoría de dicho ciudadano, el fiscal sostiene que este ciudadano realiza cruce de manos, lleva reuniones con algunos de los sujetos procesados, e indica que este ciudadano tiene nacionalidad colombiana, si bien manifiesta a través de su versión que su domicilio es en la ciudad de Cuenca, las fiestas de Diciembre están cerca por lo que este ciudadano puede salir del país, y encontrándose fuera del país es imposible contar con la comparecencia del mismo, por lo que se solicita se dicte prisión preventiva para dicho ciudadano para garantizar su comparecencia y el cumplimiento de la pena.

Nino Vintimilla Cabrera alias Nino, de la sinopsis de interceptación de llamadas se puede identificar las siguientes conversaciones; Luis indica a Nino que la policía está yendo a notificarle a Monja y Cubano de los desalojos que no conteste números desconocidos; otra

conversación en la que alias Pamela le dice a Nino que quiere dar el gesto de adelanto, y este le responde que ya le envía el contacto del administrador del mercado para hacer las cosas de manera correcta; una conversación en la que una mujer desconocida dice que persona no identificada le agradece por lo del sobre.

De igual manera el fiscal manifiesta que de los seguimientos y vigilancias se obtienen las siguientes imágenes; se identifica a Nino saliendo de su domicilio; en la siguiente fotografía se observa a Nino ingresando en su lugar de trabajo.

Luego de aquello Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita se dicte orden de prisión preventiva ya que se cumple con lo establecido en el artículo 534 numerales 1 y 2 sobre la existencia del delito y la convicción de responsabilidad de este ciudadano se establece a través de las conexiones y los vínculos mediante llamadas telefónicas, del teléfono que se encuentra registrado a su nombre, este ciudadano cumple funciones como director de mercados del GAD de Cuenca. Fiscalía considera se cumple con el tercer numeral del artículo 534 del COIP porque este ciudadano no tiene arraigo, manifestando que seguramente intentaran justificar su arraigo domiciliario, o laboral a través de las funciones que viene cumpliendo en el propio municipio de Cuenca, pero no es posible ya que las funciones que el cumple son para la comisión del ilícito, servidor público que cumple funciones específicas y permite tener el control sobre los mercados de la ciudad de Cuenca, si se permite que este ciudadano siga asistiendo a su lugar de trabajo, ponemos en riesgo esta investigación indica el fiscal, alega además que la doctrina expresa que las personas que más temor tienen de ingresar a los centros de privación de libertad son las personas que nunca han estado en ellos, por lo que existe un alto peligro de fuga. Por lo tanto, solicita se dicte orden de prisión preventiva.

Byron Suarez Suarez alias Byron, de seguimientos y vigilancias lo identificaron en los siguientes escenarios; el fiscal indica que en imágenes se determina que el ciudadano tiene

bolsas de color blanco, presuntamente sustancias sujetas a fiscalización; fotografías de una reunión con alias July, ubicando a alias Byron en el Mercado El Arenal. Finalmente se observa en una imagen a este ciudadano en un cruce de manos.

Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita se dicte prisión preventiva en contra de este ciudadano manifestando que se cumple con los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP, de los seguimientos se observa que está en reuniones y existen registros que dan cuenta de la asociación. En relación al numeral tercero del artículo en mención, este ciudadano afronta una pena de hasta 5 años por lo que no va a comparecer a las demás etapas del proceso, no se han justificado vínculos que aten a este ciudadano a la ciudad de Cuenca, por lo tanto, fiscalía manifiesta necesario solicitar prisión preventiva.

Juan Carlos Advíncula Victoria alias Advíncula, de los seguimientos y vigilancias realizados el fiscal destaca fotografías en las que reúne con alias Murillo y aquí existe un cruce de manos que muestra un talonario donde se llevan los registros, Indica el fiscal que este ciudadano en compañía de Byron delegados por July pasan por los diferentes puestos de trabajo de los comerciantes del mercado entregando tickets de guardianía y a cambio de estos tickets reciben dinero, y esta es la forma en como esta organización se ha reunido para extorsionar.

Posteriormente Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y de protección y manifiesta: Se solicita se dicte prisión preventiva en contra de este ciudadano, manifestando que se cumple con la necesidad de cautela, respecto de los numerales uno y dos del artículo 534 del COIP, de las vigilancias se determina que este ciudadano se asocia con algunos de los procesados en reuniones, indica que existen elementos claros y precisos que se reúne en la feria libre y se organiza para cometer los ilícitos, para el cruce de manos, Respecto del tercer presupuesto del artículo 534 ibídem, este ciudadano tiene nacionalidad colombiana, este ciudadano si bien ha manifestado que se encuentra domiciliado en esta ciudad de Cuenca, considera Fiscalía de igual manera que existe riesgo de fuga en virtud

a que este ciudadano al tener nacionalidad colombiana, y al aproximarse las fiestas de diciembre existe alto peligro de fuga solicitando se de orden de prisión preventiva.

Eiver Steven Murillo Viáfara alias Murillo, de los seguimientos y vigilancias realizados a este ciudadano indica el fiscal que se pudo obtener imágenes que muestran a este ciudadano realizar un cruce de manos; en reuniones con alias Advíncula, alias Byron y alias July.

Luego de aquello Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita se dicte orden de prisión preventiva en contra de este ciudadano, en relación al numeral 1y 2 del artículo 534 del COIP tanto existencia del delito como la autoría del ciudadano, indica que a través de interceptaciones telefónicas este ciudadano tiene vínculos o reuniones con varios de los procesados en el Mercado el Arenal, y de acuerdo al numeral tercero del artículo 534 del COIP, argumenta que se tiene la convicción que este ciudadano no va a comparecer al proceso penal más si tiene nacionalidad colombiana ya que el mes es diciembre, se acerca fin de año y puede salir del país por el feriado de año nuevo y así no comparecer al proceso penal, solicitando se dicte orden de prisión preventiva.

Clever Matailo Maita alias Tequila, cumpliendo sentencia condenatoria en el Centro de Rehabilitación Social de Turi: Fiscalía manifiesta que de la interceptación de llamadas se pudo evidenciar que este ciudadano mantiene conversaciones con alias July. Indica el fiscal que este ciudadano mantiene contacto a través de su teléfono celular con algunos de los procesados, manifestando este es indicio claro y preciso que es autor, respecto del numeral tercero del artículo 534, este ciudadano se encuentra cumpliendo una pena por lo que fiscalía no pide prisión preventiva.

Manuel Jesús Saca Saca, de la sinopsis de las conversaciones entabladas por este ciudadano se pudo recopilar la siguiente información: una conversación en la que Manuel le dice a Luis que van a coger un abogado, Luis responde que eso es orden del ministerio del

interior; otra conversación en la que una tercera persona le dice que tiene sesenta gramos y que le de 1500 dólares y de las interpretaciones de los analistas se trata sustancias estupefacientes.

Posteriormente Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita se dicte prisión preventiva en contra de este ciudadano, sostiene el fiscal que se cumple la necesidad de cautela, necesaria para garantizar la comparecencia de este ciudadano a la etapa final del proceso donde va a tener sentencia condenatoria, existen presupuestos cumplidos de acuerdo al artículo 534 en sus numerales uno y dos, se determina el teléfono celular como propiedad de este ciudadano, existen indicios que hacen referencia a que este ciudadano realiza el delito de extorción, se comunica también con más de los procesados, respecto del numeral tercero del 534 del COIP dice que es insuficiente cualquier otra medida, puede afrontar una pena de hasta 5 años, es necesario salvaguardar la información de los teléfonos celulares que han sido incautados en el presente proceso, por lo tanto es necesario prisión preventiva.

Carlos Ivan Matailo Maita alias Carlos, de la interceptación de llamadas al número telefónico de este ciudadano se pudo identificar llamadas que destaca fiscalía indicando que existe una comunicación entre Carlos y July; otra comunicación con Luis

Fiscalía indica que de las vigilancias y seguimientos se identifica a este ciudadano en su puesto de trabajo ubicado en el mercado El Arenal.

Luego de aquello Fiscalía procede a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y manifiesta que este ciudadano usa su teléfono para comunicarse con los procesados, existen indicios claros que es autor, cualquier medida privativa de libertad es insuficiente, se va a afrontar una pena de 5 años, por lo tanto, solicita se dicte prisión preventiva en contra del mismo.

José Fernando Alomia Arboleda alias Alomia, de los seguimientos y vigilancias a este ciudadano se pudo obtener imágenes de José en reuniones que se realizan en el mercado

El Arenal. Dice el fiscal que se determina la participación de este ciudadano en conjunto con alias Murillo, alias Advíncula y alias July.

Fiscalía procede a continuación a pronunciarse acerca de la solicitud de medidas cautelares y solicita orden de prisión preventiva en contra de este ciudadano indicando que se cumple la necesidad de cautela establecida en la constitución, de los supuestos materiales establecidos en el artículo 534 en sus numerales primero y segundo se desprende de vigilancias que se ubica en el mercado El Arenal, existen reuniones con algunos procesados, y cruce de manos, se establece del parte policial que se identifica su teléfono celular, y de acuerdo al numeral tercero del artículo citado este ciudadano es de nacionalidad colombiana por lo tanto se desprende que por feriado de fin de año podría ya no estar en el país, ninguna medida alternativa garantiza que comparezca al país, privación de libertad es la única alternativa, la única acción que brinda una respuesta social ante el flagelo que se viene viviendo en el sector del mercado El Arenal. (*Proceso No. 01283-2016-04794G*, 2016).

“El COIP pone en claro que es deber de Fiscalía solicitar y fundamentar el pedido de la medida cautelar; ya que si no hay fundamentación no puede haber disposición sobre la prisión preventiva” (Krauth, 2018), respecto de estas intervenciones por parte de Fiscalía podemos observar algunos puntos interesantes referente a esta formulación de cargos, ya que ninguna de las intervenciones realizadas abarca en su mayoría a las instituciones que rodean a la medida cautelar de prisión preventiva, en cierto punto las intervenciones llegan a contradecir aquello que el ordenamiento jurídico ecuatoriano manda. Comenzando por la solicitud de la medida de prisión preventiva planteada por Fiscalía sabemos que esta, necesariamente debe estar acorde a lo que reza el artículo 520 numeral 2 del COIP que trata las reglas generales de las medidas cautelares que hacen referencia en el numeral mencionado, a la solicitud de cualquier medida marcando como requisito, que el juez la podrá aceptar esta solicitud únicamente si se encuentra debidamente fundamentada (Asamblea Nacional del Ecuador,

2014d), y esto implica exteriorizar los hechos de los cuales proceda la licitud de la medida comprendiendo así en la solicitud la totalidad de los requisitos materiales de la medida pretendida, en este caso la prisión preventiva. Consecuentemente si la solicitud planteada por el fiscal es inidónea o incoherente para alcanzar una consecuencia jurídica deseada, el juez debe rechazar de plano esta solicitud. Según (Krauth, 2018) "la mayoría de solicitudes carecen de una fundamentación explícita. En este caso se convierte en tarea de la defensa solicitar el rechazo de la solicitud de la prisión preventiva por falta de fundamentación." (p. 29)

Las intervenciones realizadas por Fiscalía expuestas en la formulación de cargos del caso traído a análisis se muestran cada vez menos fundamentadas, posterior a exponer lo recopilado por los agentes investigadores referente a intercepciones de llamadas y de vigilancias y seguimientos, la solicitud de la medida de prisión preventiva es cada vez mas endeble conforme va individualizando a cada uno de los sujetos procesados.

Podemos observar que se tiene como factor común en todas estas intervenciones la mención al artículo 77.1 de la Constitución de la República bajo la denominación de necesidad de cautela, que hace referencia a la excepcionalidad de la medida delimitando dos finalidades que son la comparecencia de la persona al proceso y asegurar el cumplimiento de la pena (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008c) alegando el fiscal que se cumple con la misma en virtud a los presupuestos materiales del artículo 534 del COIP.

Referente al numeral 1 del artículo en mención: 1.- Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d)

Al tratar a este punto es necesario identificar el delito por el cual se les formula cargos a las personas procesadas, en este caso es el delito de asociación ilícita tipificado en el artículo 317 del COIP:

Cuando dos o más personas se asocien con el fin de cometer delitos, sancionados con pena privativa de libertad de menos de cinco años, cada una de ellas será sancionada, por el solo hecho de la asociación, con pena privativa de libertad de tres a cinco años. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d)

Frente a este tipo penal la doctrina ha tenido varios pronunciamientos debido a que configura un delito conflictivo, en palabras de Donna “este delito ha terminado siendo un saco roto en donde han ido a parar los casos que no superan la simple complicidad en uno o varios hechos.”, (Donna, 2011) (p. 292)

Frente a esto es necesario poder diferenciar entre la asociación ilícita y la participación; Moreno citado por Donna en su obra afirma lo siguiente: “si varias personas se convienen a efectos de llevar a cabo un delito determinado, o varios delitos también determinados, los miembros de esta asociación son partícipes en el delito a realizarse y quedan vinculados como autores o cómplices siendo pasibles de las penas que correspondan al hecho consumado o a la tentativa. Pero aquí no se trata del convenio para ejecutar uno más delitos, ya si no de la asociación de individuos para cometer delitos en general, hecho que el código castiga por la sola circunstancia de ser sujetos miembros de tal asociación.” (Donna, 2011)(p. 293)

Hay que entender que el delito de asociación ilícita lesiona el bien jurídico orden público, ya que afecta la tranquilidad y la paz social consecuencia de aquello la punibilidad de la asociación ilícita no reside en la lesión de cosas o personas sino en la conmoción que se genera en el espíritu del pueblo y repercute en el sentimiento de tranquilidad pública ya que existe una alarma social.

De acuerdo a la doctrina este delito requiere de elementos que lo diferencian con la participación y que sin ellos no se configura tipo penal.

(Donna, 2011) indica cuáles son estos dos requisitos: “el primero es la existencia de una estructura objetiva de lo que se entiende por asociación ilícita, y el segundo consiste en la acción de tomar parte en una banda o asociación.” (p. 301)

La existencia de una estructura objetiva de lo que se entiende por asociación ilícita es una organización debe tener un carácter estable y ser duradera en el tiempo, de por lo menos dos personas unidas en un orden, necesaria existencia del animo de cometer delitos en general, tener sentimiento de pertenencia de sus integrantes, por lo tanto, debe tener una solida estructuración interna que exige deberes de los integrantes hacia la asociación, consecuencia de aquello, la idea de realización de los delitos surge de la asociación con coordinación de los miembros y no como algo individual de cada uno. Así, no alcanza cuando el hecho es realizado por tres personas si su hacer es independiente a la asociación, sin una estructura de organización y dirección recae en complicidad. (Fontan Balestra, 2011)

Respecto del segundo requisito, la intención o voluntad de intervención de los miembros y el propósito de delinquir, respecto del primero, se necesita de la coincidencia de voluntad con los otros miembros sobre los objetivos asociativos por ende no integra la banda quien le presta ayuda o auxilio, sin la intención de unirse a ella. Mientras que el propósito de delinquir, no necesariamente deben concretarse en hechos delictivos en sí, sino que basta que la idea sea la de unirse para concretar esos fines delictivos. Los delitos pueden ser o no determinados, lo esencial es que los delitos entren dentro del fin o como medios de otros fines de una organización. (Donna, 2011) (p. 306)

Por lo expuesto anteriormente podemos observar que el caso traído a análisis no cumple con los requisitos de una asociación ilícita, primeramente porque no existe una estructura objetiva conforme a lo plasmado en líneas anteriores, ya que de lo sostenido por el fiscal se demuestra que no existe coordinación interna para la comisión de delitos ya que tanto de las interceptaciones telefónicas y fotografías de vigilancias y seguimientos, podemos observar que

no se evidencia tal estructura, en el caso de una de las personas procesadas podemos identificar conversaciones que refieren a venta de drogas, sin embargo todas estas conversaciones son con terceras personas que ni siquiera pertenecen a esta presunta asociación, evidenciando que actúa de manera individual y sin coordinación de la totalidad de los integrantes, a más de esto existe amplia información recabada por inteligencia que refiere a la comisión de delitos de algunos de los sujetos procesados, sin embargo esta información que fue expuesta en la solicitud de prisión preventiva de fiscalía, que hace referencia a drogas, armas, y dinero proviene de interpretaciones de los analistas que fueron plasmadas en el expediente, como por ejemplo una conversación que hace referencia a comprar un regalo y el analista interpreta que es droga u otra conversación en la que se solicita no contestar números desconocidos y el analista interpreta que hace referencia a zonas territoriales de droga, etc. Todas estas conversaciones no tienen validez como un elemento de convicción de la existencia de un delito, en virtud a que tanto el COIP, la Normativa de Comunicaciones o Datos Informáticos de La Fiscalía y el Manual de Funciones Personal Del Sistema Vigilancia Técnica Electrónica, manda a incorporar al proceso únicamente la transcripción textual del contenido de las llamadas telefónicas (Manual de Funciones Personal Del Sistema Vigilancia Técnica Electrónica, 2012), y de lo transcrito se prohíbe incorporar signos de puntuación (Normativa de Comunicaciones o Datos Informáticos de La Fiscalía, 2015), consecuencia de aquello las transcripciones utilizadas como fundamento para la solicitud de prisión preventiva no tendrían validez.

Continuando con la constatación de los supuestos materiales de la medida de prisión preventiva tenemos el segundo numeral del artículo 534 del COIP, Elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d) Podemos observar como el fiscal por cada uno de los sujetos procesados realiza una intervención automática referente a este punto, aun cuando los hechos de cada una de las personas procesadas son distintos alegando sobre la mayoría que el número

telefónico interceptado les pertenece por lo tanto se desprende que son autores del delito de asociación ilícita y como se mencionó en el punto anterior la mayoría de conversaciones interceptadas de las cuales infiere Fiscalía la existencia de asociación ilícita son con personas desconocidas que no forman parte de la investigación o expone contenido de conversaciones entre algunos de los sujetos procesados que no son penalmente relevantes, es curioso además que respecto de algunas personas procesadas, Fiscalía concluye que son autores del delito en mención, en virtud del número telefónico, cuando ni siquiera sus números telefónicos fueron interceptados. Esto se puede deber a que Fiscalía el momento de fundamentar tanto los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP lo hace de como si fueran uno solo y de una manera muy general indica que se encuentran cumplidos estos requisitos, otro elemento que Fiscalía utiliza para probar autoría son los resultados de seguimientos y vigilancias exponiendo fotografías de las personas procesadas, en su mayoría en su lugar de trabajo o ingresando a su domicilio, aunque también existen fotografías que muestran a algunos de los procesados manteniendo conversaciones entre ellos, sin embargo, como se mencionó en líneas anteriores la simple asociación no es punible, y al ser la intervención de fiscalía tan corta respecto de los sujetos procesales y el motivo de las reuniones sin conectar esta exposición con indicios de los cuales se desprendan que estas reuniones se las realiza con el ánimo de delinquir, considero no se cumple este requisito tampoco.

Referente al tercer requisito del artículo 534 del COIP el cual refiere a indicios de los cuales se desprenda que el resto de medidas cautelares que no sean privativas de libertad son insuficientes y que es necesario privar de la libertad al sujeto procesado para asegurar su presencia en el juicio o el cumplimiento de la pena. (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014d) Podemos observar nuevamente que, al momento de intervenir respecto de este punto, Fiscalía nuevamente mantiene un discurso automático alegando en la mayoría de intervenciones que, las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes por lo tanto es necesario

dictar prisión preventiva. Sin siquiera fundamentar o mencionar por qué el resto de medidas cautelares no privativas de libertad resultarían insuficientes, a más de esto el fiscal menciona en todas estas intervenciones que está seguro que se dictará sentencia condenatoria lo cual constituye peligro de fuga, particular que considero no tiene fundamento en virtud a lo explicado en el primer capítulo del presente trabajo, en el cual se concluyó que el peligro de fuga no guarda relación con la posible pena que se pueda cumplir. Es curioso observar que las solicitudes de prisión preventiva en el Ecuador realizadas por Fiscalía General del Estado guardan una increíble similitud, es así que a través de un trabajo de campo realizado en la ciudad de Quito en el año 2017 por el profesor Stefan Krauth se analizó 360 audiencias de formulación de cargos donde se solicitó prisión preventiva:

Concluyó que ni una sola solicitud de prisión preventiva realizada por Fiscalía, cumplía con la fundamentación correcta respecto de los elementos materiales de esta medida, realizó una evaluación sobre 5 puntos para calificar si cumplían con las exigencias constitucionales y dogmáticas y el resultado fue que el 78% de las solicitudes obtuvieron 1/5, el 14% obtuvo 2/5 y el 8% obtuvo 0/5 situación muy alarmante. Pudo encontrar como factor común en estas solicitudes, que los fiscales recitaban en la mayoría de casos lo siguiente “existen indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes y que es necesario la prisión preventiva para asegurar la presencia el juicio, y al ser un proceso en la que la sanción es de determinados años nos encontramos frente a un peligro de fuga.” Finalmente, este panorama es preocupante ya que aun con estas solicitudes muy poco fundamentadas, el 95% de estos casos los jueces si dictaron prisión preventiva. (Krauth, 2018) (p.113) Observación muy acertada por parte del doctrinario Krauth, ya que dentro del presente caso traído a análisis la solicitud del fiscal es idéntica a la citada en líneas anteriores, en ningún momento enuncia porque el resto de medidas son insuficientes. Dentro de las solicitudes de prisión preventiva existieron también alegaciones del fiscal cuando se pronunció respecto a

procesados extranjeros, fundamentó el peligro de fuga de estas personas por la sola condición de ser extranjeros, sin si quiera demostrar indicios de los cuales se pueda aseverar tal particular, ya que solo mencionó que por encontrarse en el mes de diciembre van a regresar a su país de origen para celebrar navidad y año nuevo y así evadir a la justicia, alegación que carece de validez jurídica. Finalmente podemos resaltar una intervención de solicitud de prisión preventiva en la que el fiscal se pronuncia respecto de un ciudadano que no tiene antecedentes penales y alega que quien nunca ha estado en un centro carcelario es quien mas temor tiene de ingresar en el, configurándose el peligro de fuga. Alegaciones que caen en una falacia causal que refiere a un fallo lógico que se produce al identificar una causa; es decir, cuando se concluye acerca de una causa sin evidencia suficiente para hacerlo. Frente a todas estas argumentaciones esgrimidas por Fiscalía podemos observar claramente que la solicitud de la medida no esta fundamenta como debería, en virtud a no ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 534 del COIP, al artículo 77.1 de la Constitución de la República, y la dogmática que rodea a esta institución de prisión preventiva.

2.3 Pronunciación de la defensa sobre la medida cautelar:

“Corresponde al tribunal y no al acusado o a su defensa acreditar la existencia de los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva” (*Usón Ramírez vs. Venezuela*, 2008) frente a estas palabras esgrimidas por la Corte Interamericana De Derechos Humanos, es interesante poder analizar el pronunciamiento de las distintas defensas técnicas de los procesados, y la realidad del Ecuador en la que se encuadran estas intervenciones; así “Los jueces tienden a asignar a la defensa la obligación de presentar pruebas para desvirtuar la solicitud de prisión preventiva” (Krauth, 2018).

El defensor de Esther Julia Jiménez Loaiza, Lourdes Narcisa Dumes, Juan Carlos Advíncula y de Eyver Murillo Viáfara manifiesta que: del artículo 534 del COIP en su segundo numeral se desprende que es necesario que para dictar prisión preventiva se determine autoría

de la persona procesada y correspondiente a aquello alega individualizando a sus patrocinados lo siguiente: Respecto de Lourdes Dumes alega que en ningún momento se escuchó que tenga relación alguna con las otras doce personas procesadas, tiene contacto con su marido el señor Edgar Estupiñán, se le acusa por asociación y con los demás procesados no tiene relación alguna, no se puede dictar prisión preventiva porque no se puede demostrar nada en el presente proceso, no es autora, si los señores agentes de seguimiento y vigilancia vieron cruce de manos, ¿Porque no la detuvieron ese momento?, no existe ni un gramo de sustancias sujetas a fiscalización y se la acusa de tráfico de las mismas, y también por extorsión, acerca de un deposito, no existe ni una sola persona dentro del expediente que diga que está siendo extorsionada por esta ciudadana, no se cumple el numeral dos del artículo 534 del COIP, en virtud de aquello solicita no se dicte prisión preventiva ya que no se cumple con los requisitos de la misma, por lo tanto bien podríamos estar frente a una presentación periódica y garantizar su comparecencia al proceso.

Respecto de Juan Carlos Advínuela indica el mencionado defensor que no existe ni una sola intervención telefónica de este ciudadano, Manifiesta que dentro de esta audiencia se le ve en fotografías con dos de los procesados, pero trabajando ya que son compañeros de trabajo, no existe extorsión de parte de estos ciudadanos, ni denuncia alguna que los puntualice, dice que existen unos boletos del servicio de guardianía y de aquí encontramos un cruce de manos, están trabajando brindando seguridad, no se cumple con el numeral segundo del artículo 534 del COIP.

Posteriormente realiza el mismo análisis para el señor Eiver Murillo Viáfara, indicando que Fiscalía utiliza exactamente los mismos elementos respecto de este ciudadano, no existe interferencia de llamadas no se comunica con los demás procesados, se habla de cruce de manos no se comprueba nada, estos señores laboran juntos, brindan seguridad y eso no es

extorción. Se puede dictar presentación periódica y prohibición de salida del país para garantizar la comparecencia a las demás etapas del proceso.

Finalmente se pronuncia sobre Esther Julia Jiménez Loaiza y alega que Fiscalía ha manifestado que se le entrega droga a esta ciudadana, sin embargo, en esa interceptación de llamada indica que nunca se dice algo acerca de droga, la transcripción dice un regalo, pero Fiscalía interpreta la palabra droga, a mas de esto refiere a las fotografías de seguimientos y vigilancias e indica que reunirse con alias Byron con quien trabaja no es delinquir. Y la llamada que se registra con Matailo ni siquiera se expuso el contenido de la misma.

El defensor de Edgar Estupiñán, Clever Matailo, Byron Suarez, Jefferson Perdomo y José Alomia se pronuncia manifestando los siguiente: Refiriéndose a Edgar Estupiñán, alega que el mismo está vinculado con su esposa Narcisa Dumes del Rosario y estos fueron encontrados en su domicilio, e indica que no se cumple con el segundo numeral del artículo 534 del COIP, manifiesta que Fiscalía no ha sido clara con quien se reúne más que con ella y el señor Luis Guamán, tampoco ha indicado lo que se encontraban cruzando cuando realizaban el cruce de manos, sosteniendo que el fiscal presume que se trata sustancias sujetas a fiscalización pero no se acredita nada de aquello, alega que no hay ninguna persona afectada por extorsión dentro de la presente investigación, e indica no estar de acuerdo con la solicitud de prisión preventiva.

Respecto de José Alomia y Jefferson Perdomo, el defensor expone que en la solicitud que presenta Fiscalía no se ha presentado ninguna interceptación de teléfono de estos ciudadanos, se indica que realizan funciones específicas como cruce de manos, sin embargo, no se comprueba y no hay nada mas de ello, alega también que no se dice qué personas han sido afectadas y que no es obligación de la defensa demostrar arraigos, sino de Fiscalía justificar los presupuestos establecidos en la norma. por lo tanto, se opuso a la medida de prisión preventiva.

Respecto de Byron Suarez alega el defensor que este procesado tiene un hijo que tiene 10 años y está estudiando en la ciudad de Cuenca presentando un certificado de estudios, tiene una visa ecuatoriana, contrato de arrendamiento acreditando su domicilio en la ciudad de Cuenca, certificado de la Universidad de Cuenca donde aprueba un curso de embajadores de la paz, por lo que solicita se dicte otra medida que no sea prisión preventiva.

La defensa técnica de Luis Guamán Naranjo presenta su partida de matrimonio, indica que este ciudadano tiene su domicilio con que el pago del predio de la vivienda está a nombre de su esposa, certificado de trabajo en el Municipio de la ciudad de Cuenca, presenta partidas de nacimiento de sus dos hijos. Alega la defensa que Luis tiene una enfermedad catastrófica, no se puede justificar este último punto ya que su médico tratante no estaba en turno. Solicita se conceda prohibición de salida de país, presentación periódica y si así lo dispone que utilice dispositivo electrónico, todo esto en virtud a los arraigos presentados. Indica que no se cumple el requisito del artículo 534 respecto del numeral 2 las llamadas con Nino son de contenido laboral por los temas álgidos que se viven en la municipalidad de Cuenca, mas no circunstancias referentes a delitos. Su trabajo era la vigilancia y control de los comerciantes de los mercados de la ciudad de Cuenca, mas estas reuniones no son para delinquir sino tiene un motivo laboral, en el allanamiento no se encuentra nada con relación a los delitos de extorsión o tráfico de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización. Fiscalía ratificándose en la solicitud de prisión preventiva, indicando que no hay arraigo domiciliario, es funcionario del GAD de Cuenca situación que es un agravante mas no puede ser utilizado tal situación como arraigo laboral. Los problemas de salud no han sido justificados, manifiesta que este ciudadano delinque habitualmente, tiene antecedentes penales con detenciones desde 1999 de estafa, robo, extorsión, violación, y más, es necesaria la prisión preventiva.

La defensa técnica de Nino Vintimilla alega que la prisión preventiva solicitada por Fiscalía General del Estado no reúne los requisitos establecidos en el artículo 534 del COIP

especialmente en el numeral 1 del artículo en mención, en razón de que se necesitan elementos de convicción suficientes sobre la existencia de delitos, manifiesta que a su defendido se le imputa tener conversaciones telefónicas con varias personas de las cuales su mayoría no han sido identificadas, peor aún procesadas, mantiene conversaciones con Luis Guamán, e indica la defensa que esto no quiere decir que sea una asociación ilícita, Nino es jefe de Luis y esto no configura asociación ilícita, indica que se intercepta una conversación en la que se manifiesta que alias July quiere conversar con alias Nino, sin embargo, no existe conversación alguna con esta ciudadana, Nino no tiene comunicaciones con ninguna de estas personas. Otra conversación refiere que alias Pamela le entrega un adelanto, Fiscalía no ha determinado quien es Pamela, es Pamela Malo la reina de Cuenca quien solicita a Nino se le ponga en contacto con un comerciante para pagar un adelanto para comprar mote y así hacer una obra social de ayuda a la comunidad preparando un plato típico. Expresa la defensa que todas las conversaciones solo dicen que quieren hablar con él, pero no existe persona perteneciente a esta supuesta asociación que haya sido interceptada en conversaciones con Nino a más de su empleado en el municipio, se habla que envían sobres y agradece a alias Mafer, estos son sobres de saludos navideños enviados del alcalde Marcelo Cabrera a los comerciantes de la ciudad de Cuenca, no constituye asociación ilícita, manifiesta que no se cumple con el numeral 1 del artículo 534, respecto del segundo numeral relacionado con la autoría, alega que fiscalía no ha podido demostrar aquello, a más de esto fiscalía solicita prisión preventiva en virtud a que supuestamente no tiene arraigos, indica que se ha presentado arraigo laboral, partida de nacimiento de su hijo que se encuentra en dependencia del padre, contrato de arrendamiento donde habita este ciudadano. De igual manera no se cumple con el numeral tercero del artículo 534 del COIP, se han cumplido con los arraigos y se desprende que las medidas alternativas son suficientes, solicitando presentación periódica o prohibición de salida del país.

La defensa técnica de David Naranjo y Carlos Matailo Maita, se manifiesta expresando que Fiscalía detiene y luego investiga.

Respecto a David Naranjo alega el defensor, cuando refiere a armas se encontró un arma vieja de adorno que se encontraba enmarcada en la pared, indicando que no se ha determinado si quiera si funciona o no, alega que Fiscalía menciona que hay indicios de micro tráfico por cruce de manos con sus defendidos, alega que tal situación no existe, de seguimientos y vigilancias sostiene que capturan fotos de David trabajando distribuyendo fruta, presenta arraigo domiciliario de David Naranjo con escrituras públicas, detalla que no tiene antecedentes penales, tiene tributos pagados, partida de matrimonio y contrato laboral en la que es el patrono de un chofer de camión frutero.

Respecto de Carlos Matailo indica su defensor que es comerciante de carnes y embutidos por más de diez años, de los seguimientos toman fotografías mientras vende carnes en el mercado, indicando que esto no tiene nada que ver con drogas ni armas peor aún asociación alega la defensa, presentan como arraigo certificados de estudios de sus hijos menores de edad, certificados médicos que indican que ha sufrido un infarto, permisos de funcionamiento de su local comercial, la defensa solicita se dicten medidas alternativas a prisión preventiva, pidiendo brinden seguridad jurídica.

El segundo abogado que ejercía la defensa técnica de estas dos personas procesadas manifiesta que la hipótesis punitiva que presenta fiscalía es una asociación ilícita que sirve como medio para cometer distintos delitos como lo es extorsión, micro tráfico de droga, tenencia de armas, etc. Indica que la simple asociación no es punible, los elementos de convicción no son suficientes para determinar la infracción en este momento, menos aún para considerar medios de participación o de autoría, manifiesta que no se cumple con los presupuestos establecidos en el artículo 534 del COIP sostiene que el fiscal maneja un argumento mecánico respecto del cumplimiento del artículo en mención, dice que Fiscalía

incumple con un principio de legalidad referente a la solicitud de prisión preventiva, será legal solicitar la misma siempre y cuando se cumpla lo dicho por la Corte Interamericana De Derechos Humanos en base al cumplimiento de tres sub-principios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad y solicita se dicten medidas menos gravosas que prisión preventiva.

La defensa de Manuel Jesús Saca Saca manifiesta respecto de la solicitud de prisión preventiva, que Fiscalía ha utilizado una argumentación bastante general para fundamentar esta solicitud, en razón de haber tratado delitos independientes camuflados en este delito de asociación, indica que es una medida de ultima ratio, cuestión que se está convirtiendo en regla general y hemos sido sujetos de sanciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por esta misma situación, expresa que los jueces tienen la opción de dictar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva para garantizar la comparecencia de la persona procesada, menciona que se usó un argumento inconstitucional por parte del fiscal al decir que la posible pena que enfrentarían los procesados es fundamento del peligro de fuga, situación completamente falsa, en este mismo marco existen estadísticamente un alto índice de sobreseimientos. Alega que Fiscalía no ha demostrado que se cumple con los requisitos del artículo 534 del COIP respecto de la existencia de asociación ilícita, no existe comunicación de toda la organización, la defensa alega que los contenidos de las llamadas no dan luces de la existencia de un delito, en una comunicación se dice que va a pagar 1500 dólares por 60 gramos, no se ha dicho gramos de qué, oro, plata, bronce, etc. Alega que Manuel Saca no está en ni una sola reunión con alguno de los procesados, dice que no estamos frente a un delito de asociación ilícita, sostiene que la necesidad de la prisión preventiva puede ser superada si se demuestra que otra medida es suficiente para cumplir la finalidad de garantizar la comparecencia al proceso. Solicita se dicte cualquier otra medida no privativa de libertad en virtud al siguiente arraigo, copia certificada de cédula que demuestra su nacionalidad y su estado civil, esto es casado, dos partidas de nacimiento de sus hijos, su RUC que muestra su

actividad laboral, copia de las escrituras del domicilio. (*Proceso No. 01283-2016-04794G, 2016*)

Respecto de estas intervenciones realizadas por los defensores técnicos de los distintos sujetos procesados podemos observar que existe de igual manera un factor común en lo sostenido por estos y es que la mayoría de ellos se dedica únicamente a atacar si se cumple el numeral 2 del artículo 534 del COIP, empiezan a debatir si es que los hechos expuestos por el fiscal constituyen o no delito, si bien es trabajo del juez decidir si la solicitud de la medida cautelar esta debidamente fundamentada y de no ser el caso rechazarla, la realidad procesal que se vive en Ecuador amerita que la defensa trabaje en la solicitud de rechazo de la medida cautelar por falta de fundamentación, cuando a la defensa normalmente esto no le correspondería, ya que le compete a quien persigue la acción penal probar los elementos que justifiquen la procedencia de la prisión preventiva. La Comisión Interamericana De Derechos Humanos manifestó que quien persigue la medida de prisión preventiva debe acreditar la concurrencia de las condiciones establecidas en la ley, incluyendo los valores morales demostrados por la persona, su ocupación, bienes que posee, vínculos familiares y otros que mantendría en el país. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, n.d.) Sin embargo, en Ecuador existe un comportamiento opuesto a lo mencionado ya que los jueces asignan a la defensa la obligación de presentar pruebas que acrediten arraigos. Los arraigos figuran como fantasmas procesales ya que no se encuentran ni en la Constitución del Ecuador ni en el COIP, si bien se establecen como elementos que mitigan el peligro de fuga de acuerdo a pronunciamientos de la CIDH, estos no son decisivos para fundamentar la medida de prisión preventiva ya que es necesaria una valoración total del caso en concreto referente a todas las instituciones que rodean esta medida, es decir que la falta de arraigos no es sola consecuencia de prisión preventiva si no se ha fundamentado la solicitud de esta medida cumpliendo con sus elementos materiales.

Frente a la realidad ecuatoriana es curioso observar como la mayoría de las intervenciones de los abogados de los sujetos procesados pasan por alto los demás numerales del artículo 534 del COIP y en ningún momento hacen referencia a la dogmática que rodea a esta medida, salvo un abogado defensor que se pronunció respecto de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad que nunca fueron mencionados por el fiscal en su intervención. Sin embargo, existen algunas intervenciones donde efectivamente se presentan arraigos, sean estos familiares, laborales o económicos y frente a esto en la oportunidad de la réplica fiscalía alega que, estos arraigos son insuficientes esgrimiendo puntos contrarios a la Constitución de la República ya que, menciona antecedentes penales de dos de los sujetos procesados y sostiene que frente a este particular esta probado el peligro de fuga. En otras intervenciones haciendo uso de la réplica, el fiscal desestima arraigos domiciliarios presentados por algunos de los sujetos procesados, en virtud a que el domicilio de los mismos no les pertenece por ser arrendatarios, sin embargo, la doctrina ha sido clara respecto de esta clase de arraigo, ya que se acentúa en la realidad de Latinoamérica, concluyendo que sería discriminatorio no aceptar este arraigo por el simple hecho de no ser propietario de un bien inmueble, mas aún cuando fiscalía utiliza esta dirección domiciliaria obtenida de seguimientos y vigilancias realizados durante todo el proceso de investigación para proceder con los allanamientos en el lugar donde los procesados habitaban; por lo tanto es contradictorio el actuar de Fiscalía ya que se utiliza a conveniencia la dirección domiciliaria. Finalmente se puede evidenciar que con la frase que cierra fiscalía todas las intervenciones en las que hace uso de la réplica frente a los procesados que si presentaron arraigos se resume en que los arraigos presentados por la defensa son insuficientes, sin siquiera dar explicación del porque de esta alegación, convirtiendo a la solicitud de la medida de prisión preventiva cada vez en una solicitud menos fundamentada.

2.4 Sobre la decisión del juez respecto de la prisión preventiva:

2.4.1 Motivación y resolución

La jueza alega que para que un juez pueda privar de libertad es necesario analizar si se cumple con el artículo 77.1 de la Constitución y además se requiere que se cumplan con todos los requisitos del artículo 534 del COIP respecto del numeral 1, la jueza indica que existen elementos de convicción suficientes para iniciar una instrucción fiscal por un delito de acción pública como lo es el delito de asociación ilícita, sostiene que se ha dado cumplimiento a vigilancias y seguimientos realizados alegando que los procesados mantienen un vínculo o un nexo que les permite cometer varios delitos. Respecto del segundo numeral del artículo 534 del COIP elementos de convicción claros y precisos de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción, la jueza manifiesta que cada uno de los procesados se encuentran como autores directos conforme el artículo 42. 1 literal a del COIP y comienza a detallar a cada uno de los procesados:

Respecto de **Lourdes Narcisa del Rosario** la jueza analiza lo que la defensa técnica de esta persona alegó que no se cumple con el numeral dos establecido en el artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal y concluye que existen varios elementos de convicción entre ellos el número celular que estaba registrado nombre de esta ciudadana, número que fue interceptado aproximadamente un mes, alega que existen conversaciones en las cuales esta procesada manifiesta acerca de compra y venta de cocaína o de cripy, habla de valores monetarios con alias July, tiene conversaciones de otros delitos como robo, tráfico de sustancias, etc. De seguimientos y vigilancias se observan reuniones en el mercado el Arenal con alias Manny y Luis, existen fotografías de un cruce de manos. En el allanamiento se ha recaudado celulares con su respectivo chip, esto en cuanto a los elementos de convicción de Lourdes Narcisa Dumas, acerca de indicios de los cuales se desprendan que las medidas privativas de libertad no son suficientes, y que es necesaria la prisión preventiva, indica la jueza

que la defensa técnica ha sostenido que no existen elementos de convicción, sosteniendo que se ha demostrado que si existen, no se han presentado arraigos por parte de la defensa, por lo que manifiesta la juzgadora que está impedida de justificar un cambio de medida cautelar por lo cual deshecha el alegato de la defensa de la persona procesada.

En relación a **Edgar Eduardo Estupiñán Cortes** alias Manny, respecto de elementos de convicción ligados al segundo numeral del artículo 534 del COIP de este ciudadano la jueza sostiene que el número de teléfono celular el cual esta registrado a su nombre, además se pueden evidenciar reuniones con alias Luis. Indica la jueza que de los indicios de los cuales se desprendan que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes, la defensa técnica ha mencionado que las comunicaciones con Lourdes Dumes son motivo de que estas personas viven juntas, pero tienen conversaciones ilícitas, así como reuniones con algunos de los sujetos procesados, e indica que no se ha presentado documentación que demuestre arraigo social, laboral y familiar manifestando la jueza que está imposibilitada de cambiar la medida cautelar, desechando la pretensión de la defensa técnica de la persona procesada.

En relación a **David Naranjo Peñaloza** analizando el segundo numeral del artículo 534 del COIP, la jueza manifiesta que Fiscalía mostro el número de teléfono celular registrado a su nombre, de interceptación de llamadas telefónicas habla con alias July acerca de la droga, tiene comunicaciones con alias Carlos, habla de valores de armas, dice la jueza que este ciudadano aparenta ser comerciante para poder delinquir, habla de comercialización de armas de fuego inclusive una de ellas fue encontrada en el allanamiento, de acuerdo al numeral tercero del artículo 534 del COIP la defensa manifiesta que David es comerciante de frutas, que el arma que ha sido encontrada es un arma de fuego antigua que no funciona y esta de adorno, se ha presentado documentación que no registra antecedentes penales, copias simples de facturas y de su RUC, con esta documentación la jueza sostiene que no se justifican los arraigos familiar

y laboral, por lo que existe inminente riesgo de fuga, de no privar de libertad a este ciudadano la etapa de instrucción fiscal corre peligro.

Respecto de **Esther Julia Jiménez Loaiza** en relación al numeral 2 del artículo 534 del COIP elementos de convicción claros de que el procesado es autor, dice la jueza que se sostuvo por parte de Fiscalía que el número de teléfono celular interceptado es de su propiedad, de las escuchas tiene conversaciones con alias David, de seguimientos se la ve en cruce de manos con David y Byron, reuniones con Murillo y Matailo, no se ha presentado ningún tipo de documentación por parte de la defensa lo cual significa un eminente riesgo de fuga sostiene la jueza.

Respecto de **Nino Vintimilla** manifiesta la jueza que el número telefónico esta registrado a su nombre, el mismo que fue interceptado, tiene conversaciones con July, seguimientos en los que recibe sobres de dinero, agradecimientos a alias July y a miembros ahora procesados, existe conversaciones con el resto de procesados, fotografías de seguimientos y vigilancias guardan relación con este tipo penal de asociación ilícita para los delitos de extorsión, trafico de sustancias y tenencia de armas, hay conversaciones con alias Luis y David, Las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes, pues si la defensa manifestó que las conversaciones que mantiene con Luis son laborales, y se inobserva que conversa con July, alega la jueza que se dijo que Pamela es Pamela Malo reina de la ciudad de Cuenca pero eso no le consta, se ha dicho que no tiene que ver con la extorsión pero menciona la juzgadora que este ciudadano financia la misma, en relación a la documentación presentada por este procesado, se ha presentado un contrato de arrendamiento, se ha presentado un arraigo laboral como director de mercados en la municipalidad de Cuenca, partida de nacimiento de su hijo, indica la jueza que si bien se presenta un arraigo laboral no se justifica un arraigo domiciliario por lo que esta impedida de no dictar prisión preventiva ya que existe un eminente riesgo de fuga, es un peligro para la instrucción, si se le deja en libertad a este

ciudadano se seguirán perpetrando delitos como el de terrorismo, tráfico de sustancias, venta de armas y mas, negando así la petición de la defensa.

En relación a **Manuel Saca Saca**, la jueza analiza el artículo 534 numeral dos del COIP, e indica que se identifica el número de teléfono de este ciudadano registrado a su nombre el cual fue interceptado y de escuchas se desprenden conversaciones con alias David, sostiene la juzgadora que realiza peticiones de dinero por las vigilancias, tiene interceptaciones de conversaciones acerca de 60 gramos de sustancias ilícitas sujetas a fiscalización, acerca del numeral tercero del artículo en mención que refiere a si las medidas no privativas de libertad no son suficientes, manifiesta la jueza que la defensa de este procesado a indicado que no se ha probado la asociación ilícita, ha traído tratados internacionales acerca de la prisión preventiva pero alega la jueza que si es garante de derechos, la jueza dice que se habló de necesidad indicando que es necesario dictar la prisión preventiva ya que los arraigos presentados como documentación que acredita que esta casado, partidas de nacimiento no son suficientes por lo tanto alega la jueza que esta situación le impide dictar otras medidas cautelares no privativas de libertad.

Respecto de **Clever Matailo** la jueza indica que no se ha pedido prisión preventiva en virtud a que este ciudadano se encuentra cumpliendo una pena intramuros.

En relación a **Carlos Ivan Matailo**, la jueza analiza el artículo 534 del COIP numerales 1 y 2 alegando que el número de teléfono interceptado esta registrado a su nombre, indica que mantiene conversaciones con alias David, alias July, de vigilancias y seguimientos ubica a este procesado en el mercado El Arenal, y de acuerdo al numeral tercero del artículo 534 del COIP, la defensa indicó que tiene su negocio en este mercado mas de 16 años y ha presentado documentación como arraigo laboral, pero en arraigo domiciliario ha presentado documentos que están a nombre de otra persona, ha presentado partidas de nacimiento de sus hijos, la jueza considera que si bien se cuenta con arraigo laboral no existe arraigo social, y dice encontrarse

imposibilitada para conceder una medida no privativa de libertad, indica que la defensa habló del principio de proporcionalidad, sin embargo considera la jueza que se está aplicando el artículo 82 de la Constitución de la República y dice que frente a este principio hay varios principios que también están en la constitución, por lo tanto se rechaza la petición de cambio de medida de la defensa.

Acerca de **Byron Suarez Suarez** en relación a los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP de vigilancias y seguimientos la jueza manifiesta que se evidencian reuniones con alias Murillo, July y Luis. alega la jueza que se lo encuentra en cruce de manos y no de fruta, es claramente droga, en el allanamiento se encontraron tres teléfonos celulares, respecto del numeral tercero del artículo 534 del COIP la juzgadora pasa a analizar el arraigo presentado por la defensa esto es contrato de arrendamiento, copias simples que tiene un hijo menor de edad, y manifiesta que son documentos insolemnes situación que no permite mayor análisis por lo tanto la considera que la defensa no ha justificado ni arraigo laboral, ni familiar ni social encontrándose impedida de permitir un cambio de medida cautelar.

Luis Guamán Naranjo: Indica la jueza que se determina que su número de teléfono celular esta registrado a su nombre. Manifiesta la jueza que tiene conversaciones con alias Nino sobre problemas en el mercado, e indica que se desprende que Luis pide dinero por un puesto de comercio. Manifiesta que existen interceptaciones acerca de negociaciones de puestos de mercados en el Arenal y además interceptaciones de llamadas con el resto de procesados, a más de esto indica la jueza que existen vigilancias y seguimientos que se realizan a este procesado donde se constatan reuniones con algunos de los procesados. Posteriormente la jueza analiza el requisito número tres del artículo 534 ibídem y sostiene que la defensa de este procesado ha solicitado medidas cautelares no privativas de libertad, argumentando que una de las funciones como servidor público de este procesado es la administración de los mercados, pero manifiesta la jueza que del contenido de las llamadas se entiende que pide

dinero. Además indica que los documentos presentados de parte de este ciudadano como contrato de trabajo, copia certificada de su cédula de la cual se desprende que está casado y partidas de nacimiento indicando que tiene hijos, copia simple del pago del predio a nombre de su esposa, la jueza alega que Fiscalía en la réplica habló acerca de antecedentes penales y considera que se debe presumir la inocencia de toda persona y deben ser tratados como tal, sin embargo la juzgadora considera que no se ha justificado en debida forma los arraigos ni social, ni familiar, ni económico diciendo así que se halla impedida y sin elementos necesarios cambiar a una medida no privativa de libertad, expresa que existe un inminente riesgo de fuga, evasión a la justicia, por lo que dejar libre a este ciudadano representaría un peligro para la instrucción.

En relación a **Carlos Advíncula Victoria** la jueza analiza el artículo 534 del COIP en sus numerales 1 y 2, y expresa que de seguimientos y vigilancias se lo ve en reuniones con Murillo, alega que existen fotografías de los talonarios que se encontraban en su poder a través de los cuales extorsionaba a cambio de seguridad, conversaciones con alias July, en relación al numeral tercero se ha indicado que este ciudadano es colombiano razón por la cual existe un inminente riesgo de fuga ya que considera que no se justificó en debida manera los arraigos social, laboral, domiciliario por lo que dice la jueza que se encuentra impedida de conceder una medida cautelar no privativa de libertad.

Respecto de **Jefferson Perdomo Manzano** la jueza analiza los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP e indica que de seguimientos y vigilancias se observan reuniones con Naranjo y Advíncula, alega que existen fotografías de cruce de manos, manifiesta que se determinó que el ciudadano procesado es de nacionalidad colombiana y que del parte de allanamiento se encontró un teléfono celular, analiza la jueza además el numeral tercero del artículo en mención alegando que si bien la defensa dice que no se ha interceptado teléfono alguno menciona que este delito es por asociación, no se ha presentado arraigo alguno,

situación por la cual la jueza considera está impedida de conceder medidas no privativas de libertad.

En relación a **Eyler Murillo Viáfara** analizando los numerales 1 y 2 del artículo 534 del COIP la jueza manifiesta que se desprende que es de nacionalidad colombiana, indica que de vigilancias se lo ve en cruce de manos de sustancias ilícitas en el sector del mercado El Arenal, respecto del numeral tercero del artículo en mención la jueza dice que no se ha presentado arraigo situación que impide dictar otra medida cautelar que no sea la prisión preventiva.

Respecto a **José Alomia Arboleda** analiza la jueza los numerales 1 y 2 del COIP e indica que se evidenció que este ciudadano es colombiano, de seguimientos y vigilancias tiene reuniones con Advíncula, July y Murillo, alega la jueza que se lo observa en cruce de manos de sustancias sujetas a fiscalización, en el allanamiento se incautó su celular, respecto del numeral tercero del artículo en mención, la jueza manifiesta que la defensa se opuso a la prisión preventiva, pero no se ha presentado arraigos por lo que imposibilita un cambio de medida cautelar.

Finalmente, indica la jueza que la asociación ilícita es un delito que supera un año cumpliendo con el numeral cuarto del artículo 534 del COIP y manifiesta que amparada en el artículo 519 numeral 2, 520 numeral 2 y 522 numeral 6 del COIP y dicta orden de prisión preventiva en contra de todos los procesados estableciendo un tiempo de instrucción fiscal de 90 días. (*Proceso No. 01283-2016-04794G, 2016*)

Un requisito indispensable de la prisión preventiva es la motivación por parte del juzgador, caso contrario la misma carece de validez.

La sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No 011-14-sep-cc:

Corresponde a los jueces realizar un análisis objetivo, preciso claro y articulado entre los fundamentos fácticos y los derechos presuntamente vulnerados, pues

es necesario determinar como, de que forma y en que circunstancias se vinculan los hechos supuestamente violatorios con los derechos afectados, dentro del caso concreto. (*Sentencia No. 011-14-SEP-CC*, 2011).

Respecto a la resolución de la jueza y la motivación que esta conlleva, podemos observar que la misma pierde cada vez mas su fuerza, ya que la juzgadora trabaja cada vez menos en motivar en manera debida la orden de prisión preventiva conforme individualiza a cada uno de los sujetos procesados, poco a poco se pronuncia sobre menos requisitos del artículo 534 del COIP hasta el punto de tener intervenciones que no pasaron de 15 segundos y decidió que estas ya estaban motivadas, situación contraria a lo que establece el ordenamiento jurídico referente a esta medida, ya que sobre cada persona procesada se encuentran hechos diferentes que no pueden ser abarcados por un discurso mecánico carente de una motivación; podemos observar que existe un discurso encaminado a reforzar lo sostenido por Fiscalía, como por ejemplo en muchos de los casos cuando la jueza se pronuncia respecto de la existencia de delitos toma como hechos lo alegado por Fiscalía cuando hacía referencia a las interpretaciones de los analistas de inteligencia que intervinieron las llamadas telefónicas de los sujetos procesados, situación que esta expresamente prohibida conforme el reglamento mencionado en el apartado anterior. Al punto que, en sus intervenciones la jueza sostuvo interpretaciones aún más fuertes que los analistas que intervinieron las llamadas, respecto de armas, terrorismo, dinero, drogas, de conversaciones supuestamente directas entre sujetos procesados cuando estas nunca existieron en el expediente, extorsiones, etc. Esta motivación esgrimida por la juzgadora estuvo acompañada por una frase que evidencia contrariedad a la excepcionalidad de esta medida de ultima ratio, ya que al finalizar cada intervención, la jueza alegaba que se encontraba impedida de dictar una medida que no fuese la prisión preventiva, ya que desechó todo tipo de arraigo presentado por los sujetos procesados catalogándolos de insuficientes sin siquiera explicar el porque, y de las personas procesadas que no presentaron arraigos, de igual

manera indicó la jueza que se ve impedida de dictar medidas no privativas de libertad, sin analizar la totalidad de los presupuestos materiales que esta medida exige en cada caso en concreto y centrándose únicamente en que no hay arraigos, cuando la sola falta de estos no legitima la utilización de la medida de prisión preventiva.

Por lo expuesto podemos evidenciar que existe una falta de motivación llamativa, resaltando el hecho de que la juzgadora en ningún momento de sus intervenciones consideró los principios de proporcionalidad ni necesidad de la medida conforme lo establece el artículo 520.4 del COIP, la única vez que se pronunció respecto de estos dos principios fue frente a lo alegado por dos defensores que habían invocado estos principios en sus intervenciones, por lo que la jueza respondió que la única necesidad que hay es la de dictar prisión preventiva ya que considera que si bien se probó arraigo familiar y social estos resultan insuficientes, y cuando respondió acerca del principio de proporcionalidad, la misma indica que ella se ampara en la seguridad jurídica establecida en la constitución y en base a esto dicta prisión preventiva. Situación que da a entender que tanto la solicitud de Fiscalía como la decisión de la jueza, fueron realizadas en base a hechos de los cuales no se ha desprendido la licitud de la medida, ya que los mismos no fueron relevantes para la aplicación de la prisión preventiva exponiendo incongruencia entre premisas expuestas y la conclusión de la resolución. Frente a esto la Constitución De La Republica es clara e indica que las resoluciones de poderes públicos deberán ser motivadas. Y esta será motivada siempre y cuando se enuncien las normas o principios jurídicos en que se funde y debe explicarse la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Caso contrario los servidores públicos serán sancionados y estos actos serán nulos (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008c)

El COIP en el numeral 3 del artículo 520 también manda al juzgador a resolver de manera motivada la solicitud de la medida. Frente a todo lo expuesto resulta interesante poder observar el trabajo de campo en el cual Stefan Krauth observo 360 audiencias de formulación

de cargos en la ciudad de Quito en el año 2017, generando estadísticas respecto de lo analizado y concluyendo que: respecto de la fundamentación del auto, pudo observar que el 92% de los casos no tuvieron fundamentación de la resolución de la prisión preventiva, es decir que ni la persona procesada, ni la defensa no supieron el motivo por el cual fue dictada la prisión preventiva y el 8% supo que se dictó la medida por un peligro de fuga que no fue ni siquiera motivado. Respecto de la carga de la prueba el 100% de los casos los jueces atribuyeron la carga de la misma, a la defensa de las personas procesadas, contradiciendo así el principio de presunción de inocencia. Y referente a la calidad de la resolución en la que se dictó prisión preventiva, Stefan Krauth realizó una evaluación en una escala de puntuación de 0 a 5, según las exigencias de la Constitución y los resultados son alarmantes ya que solo el 1% logro un resultado de 3 puntos el cual fue la mayor calificación, concluyendo así que en el 99% de los 360 casos, la resolución sería nula de acuerdo a la Constitución; dentro de este 99% el 17% obtuvo 2 puntos, el 76% obtuvo 1 punto y el 6% obtuvo 0 puntos. Finalmente en este trabajo de campo se encuentra como factor común en la mayoría de resoluciones, que los jueces incurren en un discurso automático que sigue la siguiente estructura: si bien es cierto la persona procesada presenta arraigo laboral, sin embargo este no se ha justificado, de igual manera si conocemos el domicilio con la argumentación de arraigo domiciliario, esto no es suficiente por lo tanto se encuentra impedido de señalar una medida cautelar que sustituya a la prisión preventiva. (Krauth, 2018) (p.114)

Situación muy peculiar debido a que se puede observar claramente que el discurso mantenido por la jueza en el presente caso traído a análisis, es muy parecido al que manejaron todos estos jueces de los cuales se realizó el estudio de las audiencias de formulación de cargos, esto es desestimar los arraigos presentados sin dar razón alguna del porque el resto de medidas resultarían insuficientes, frente a esto desconocen de igual manera que la persona procesada no esta en la obligación de justificar arraigos sin embargo la realidad ecuatoriana ubica a la defensa

de la persona procesada en la obligación de hacerlo. Y frente a lo expuesto la resolución carecería de motivación.

2.5 Apelación de la Resolución de prisión preventiva

En fecha 25 de Enero de 2018 se apeló la medida cautelar de prisión preventiva que pesaba en contra de los procesados Nino Vintimilla y Manuel Saca por lo que la sala analizó si la jueza de primera instancia dictó la medida de prisión preventiva cumpliendo con los requisitos exigentes para la declaratoria que es cuestionada, el recurrente Nino Vintimilla solicita se revoque una medida privativa por la indebida aplicación de los numerales 1, 2 y 3 del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, la defensa argumenta acerca de los elementos constitutivos del delito de asociación ilícita citando a Francisco Muñoz Conde manifestando que, para que se configure este delito debe haber un acuerdo en la organización de sus participantes en función al tipo de actividad y que el acuerdo debe ser duradero y no transitorio, la asociación debe ser autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se vayan a perpetrar, manifiesta la defensa que no hay claridad en el evento delictivo, indica que no existe elementos de convicción en los que su defendido sea autor o cómplice debido a que no se determinó por parte de Fiscalía, ya que se manifestó que en esta organización Nino actúa de manera secundaria y en la audiencia de formulación de cargos pidió prisión preventiva ya que en los elementos de convicción se refirió a que July tuvo conversación con Nino y de la totalidad del expediente se evidencia que no existe tal conversación sostiene la defensa, lo único que existe en ese expediente es que terceras personas nombran a Nino pero no existen conversaciones directas por la premura de formular cargos se comete una injusticia, alega el defensor que aquí se está deteniendo para investigar, sostiene que no pudo decirse cuál es el acuerdo asociativo, ya que el decir que conversan dos personas y nombran a un tercero no es prueba, es algo ajeno, en la conversación que mantiene Nino con Luis en la cual Luis le dice a Nino que está yendo donde Manuel porque van a reubicar a los

comerciantes, la reubicación no es un delito, otra conversación de elemento de convicción entre Nino y Luis, este le comenta a Nino que la policía ya entregó las notificaciones, alegando que no entiende como puede interpretarse que aquello sea un elemento de convicción de autoría o complicidad de asociación ilícita, indica otro elemento de convicción es una llamada que mantiene Nino con Pamela para el evento del mote pillo más grande del mundo, como lo detuvieron antes de investigar, no hubo tiempo de hablar con Pamela para acreditar que es reina de Cuenca, manifiesta la defensa que otro elemento de convicción por el cual se privó de libertad es el seguimiento realizado a su defendido quien va de la dirección de su lugar de trabajo hacia su casa, y de su casa a trabajo y por esto se hace el allanamiento, alega que no hubo fundamentación para el pedido de privación de libertad, el tener un contacto con el subalterno no significa tener una asociación, dijo la jueza que es un agravante el certificado donde trabaja es decir director de mercados de la ciudad de Cuenca, en la audiencia de formulación de cargos se rechazó el contrato de arrendamiento porque no estaba notariado, pero el mismo le hace ubicado en Florencio Arízaga Toral y Nicanor Aguilar, partiendo de esa premisa, si es falso pregunta la defensa ¿Porque se pidió allanamiento a esa morada del señor Nino Vintimilla?, si el mismo parte policial indica la dirección para realizar el allanamiento, indica que su defendido no va a fugar tiene un hijo que está su cargo, no se cumple con el numeral tres del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal en virtud a que no se ha fundamentado nada referente a proporcionalidad ni necesidad de la medida solicitada, pide se revoque la prisión preventiva, de ser necesario se dicte la presentación voluntaria, prohibición de salida del país o grillete electrónico.

Fiscalía en la réplica manifiesta que no le molestaría que se defiendan en libertad este procesado, e indica que no se han violentado los derechos de este ciudadano, alega el fiscal que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado indicando que no es suficiente que se tenga arraigo para no dictar una prisión preventiva, Fiscalía no se opone a que

se le de libertad a dicho ciudadano, pero si solicita se mantenga la medida dictada por la jueza de Unidad Penal ya que este ciudadano cumple no cumple con un papel principal.

La defensa técnica de Manuel Saca recurre la medida de prisión preventiva manifestando que la jueza de unidad no tomo en consideración los requisitos determinados en el artículo 534 del COIP, ya que no hay elementos que su defendido sea merecedor de esta medida, indica el defensor que el caso citado por Fiscalía es Suarez Rosero vs Ecuador en el que se hizo un llamado de atención a Ecuador por aplicar a la prisión preventiva como pena anticipada vulnerando así principio de presunción de inocencia de la persona procesada. (*Suarez Rosero vs. Ecuador*, 1997). Argumenta que los elementos del artículo 534 del COIP no han sido probados, no se ha considerado necesidad ni proporcionalidad, alega que su defendido nada tiene que ver con los hechos establecidos por Fiscalía, dice que su defendido habla con Luis Guamán por la reubicación de puestos del mercado el Arenal, detalla que otro elemento que supuestamente pesa en contra de su defendido son los de una conversación con una persona desconocida acerca de entregarle 60 gramos y tanto Fiscalía como la jueza de unidad interpretan que es droga, la calidad de autor no ha sido demostrada indica la defensa, los seguimientos que se realizan a su defendido son en su lugar de trabajo y sostiene que no se puede interpretar que la venta de fruta sea droga, y además considera no existe peligro de fuga ya que se ha presentado arraigo familiar, laboral y social, alega acerca de interceptaciones que se realizan cuando Manuel dice que va a conseguir un abogado por mil dólares pagados a Luis, es necesario escuchar el audio completo y no fragmentos que son los que se prestan a esconder la verdad.

Fiscalía en la réplica indica que el señor Saca no presentó arraigos que sean suficientes, alegando que se cumplió con la normativa internacional y nacional para dictar la medida privativa de libertad en contra de este ciudadano, considera si se permite que recobre la libertad

y regrese al mercado el Arenal, no va a poder Fiscalía contar con las víctimas, la prisión dictada debe ser ratificada.

Análisis de la Sala: indican que La Constitución de la República consagra el derecho a la libertad física, en el artículo 77 numeral 1 la prisión provisional 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 sin dilaciones y para asegurar el cumplimiento de la pena, procederá por orden escrita de juez competente, y el numeral 11 de la citada ley superior prescribe que la jueza o juez aplicará las medidas cautelares alternativas de la privación de libertad contempladas en la ley. La sala sostiene que las sanciones alternativas se aplicarán de acuerdo con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley, tiene su fundamento en principio de la proporcionalidad pues si en un proceso penal un juez de garantías va a aplicar los sustitutivos de la prisión preventiva debe ponderar el principio que garantice el derecho a la libertad frente a actuar una criminalidad de mayor costo, si esto no se cumple se incurre en un uso irracional y abusivo del derecho, privar del derecho a la libertad condiciones de excepción y tanto en cuanto fuese necesario, como cuando se presenta el peligro de fuga o de entorpecimiento en la averiguación de la verdad, particular que no ha sido ostentado por Fiscalía, aún en estos casos se pretende evitar que la medida de coerción procesal sea más gravosa para el procesado que la propia pena amenazada o la que se espera en caso de condena respetando así lo que se conoce como el principio de proporcionalidad. Se debe propender por parte de los jueces de garantías penales o de unidades judiciales un uso racional del derecho, traducido en la facultad de utilizar una medida menos gravosa que la prisión preventiva.

El caso en conocimiento según el expediente de garantías penales emitido a la sala se constata que efectivamente la jueza luego de la orden de detención extendida y una vez que fueron aprendidos los ciudadanos Vintimilla Cabrera, Manuel Saca y otros, dictó la medida de

privación de libertad a pedido del fiscal del caso, luego de la formulación de cargos y en base a la exposición que por el delito tipificado en el artículo 370 del Código Orgánico Integral Penal por asociación ilícita, la sala manifiesta que es pertinente apreciar objetivamente la situación procesal de los recurrentes tomando en consideración la vigencia de los derechos de libertad que establece el artículo 66 de la Constitución de la República, tienen derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad. Los justiciables solicitaron a la jueza no se dicte la privación de libertad sino una medida alternativa a la prisión preventiva, por el derecho que se les asiste y les garantiza la Constitución justifican con documentación el arraigo social y laboral que tienen, en el lugar de su residencia pedido denegado por la jueza de unidad, si bien al primero de los nombrados no lo considera por el contrato de arrendamiento del domicilio donde vive porque no está notariado, sin embargo no se puede dejar sin valor aquel documento, cuando del expediente fiscal y de lo dicho por el mismo funcionario se solicitó a la misma jueza el allanamiento del domicilio donde vive el procesado Vintimilla y corresponde al domicilio motivo del contrato que fue llenado, la libertad es un derecho y una garantía que gozamos todos los ciudadanos en el país, los justiciables, quienes al no estar de acuerdo con la medida pretendida por Fiscalía y sin que haya justificado que la medida no privativa de libertad que solicita a los justiciables es insuficiente para garantizar la comparecencia de juicio de los procesados y para cumplir la pena de llegar a imponerse, se les dicta la medida de privación de libertad y estos dos ciudadanos antes mencionados impugnan en lo fundamental que no se encuentran reunidos los requisitos establecidos en el 534 del Código Orgánico Integral Penal y que de acuerdo a la Constitución aquella medida es excepcional. La condición de que los procesados sean autores o cómplices de la infracción deja en duda a estos juzgadores toda vez que el fiscal no ha concretado un elemento de convicción. La defensa de los dos procesados ha demostrado su domicilio, su arraigo laboral, y ofrecen además cumplir con medidas no privativas de libertad a cabalidad, incluso piden se les imponga

el grillete electrónico situación que muestra el ánimo de comparecer al proceso, el indicio para determinar que es necesaria la prisión preventiva no se ha demostrado, no puede fundamentarse la medida privativa de libertad por lo que el ciudadano procesado es funcionario público y aquella situación puede agravarlo en este momento no se puede sustentar aquello indica la sala. Por lo expuesto no habiéndose indicado con claridad qué elementos de convicción sirvieron para imputar a las dos ciudadanos que recurren el fallo como autores o cómplices en este ilícito que se investiga, más aún que Fiscalía dice que hay otros implicados que pueden haber actuado como principales en el hecho, crea duda de la calidad de participantes, y de las escuchas referidas sobre ciertas puntualizaciones que dos interlocutores nombran a Nino Vintimilla, que se habla con una Pamela, que se mantengan en contacto con un subalterno no guarda relación con la investigación misma, lo mismo acerca de Manuel Saca, que se haya escuchado que tiene 60 g y vale \$1500 dólares, escuchas que al parecer no relacionan a la investigación, por otro lado tampoco se ha demostrado por parte de Fiscalía los indicios para determinar que la medida no privativa de libertad sea insuficiente y que es necesaria la prisión preventiva, ya se ha referido que los procesados han demostrado arraigos, la medida de prisión preventiva no cumple con todos los requisitos del artículo 534 del Código Orgánico Integral Penal, por lo que la sala acepta el recurso de apelación interpuesto y revoca la medida cautelar personal de prisión dictada a los recurrentes y a fin de garantizar la inmediación de los procesados se les impone la prohibición de salida del país y la obligación de presentarse periódicamente cada 15 días. (*Proceso No. 01283-2016-04794G*, 2016).

En el cuadro procesal la apelación de la prisión preventiva:

se concederá en efecto devolutivo, por disposición legal; por tanto, no tendrá efecto suspensivo ni la impugnación ni la concesión del recurso, con lo cual se dejaba abierta la posibilidad de que la privación de libertad dispuesta por el Juez Penal se cumpla por más que exista pendiente un recurso de apelación

interpuesto por el procesado. Más aún: se debe aclarar que continuará la Instrucción Fiscal porque el proceso que por esta causa sede no puede ser obstaculizado, ni detenido, ni trabado. (Vaca, 2014).

Frente a lo sucedido en la audiencia de apelación de la medida de prisión preventiva es interesante observar como se maneja un discurso mas motivado por parte de los defensores de los sujetos recurrentes, esta vez las intervenciones incluyen pronunciamientos mas completos cuando hablan del artículo 534 del COIP, ya que profundizan de mejor manera en cada uno de los requisitos sean estos los de autoría, la existencia del delito y si existe una necesidad de esta medida, y en breve manera abordan temas como la carga de la prueba que le corresponde a Fiscalía referente a arraigos y aunque no se mencionaron varios requisitos inherentes a esta medida, si se desvirtuó el supuesto peligro de fuga que sirvió de fundamento de esta medida dictada por la jueza de unidad; la mejora en estas intervenciones puede deberse en cierto punto a que, al momento en el que se pasó la audiencia de formulación de cargos, los defensores de los sujetos procesados no habían intimado con el expediente, en virtud a que con la premura del procedimiento que se llevó en calidad de flagrancia y lo extenso del expediente que, hasta ese momento se encontraba formado por 17 cuerpos ya que existía aproximadamente un año de investigación reservada, los defensores no tuvieron las herramientas adecuadas para intervenir de la manera mas idónea, la diferencia fue notoria cuando en la audiencia de apelación de la medida, estos cambiaron sus intervenciones como se puede apreciar en este punto, frente a esto se genera la interrogante de si es que ¿se están llevando este tipo de procedimientos de la manera correcta?, planteamiento que lo realizo en virtud a que no existe una igualdad de armas, debido a que el fiscal es la única persona que conoce a cabalidad el expediente, lo que genera indefensión ya que los abogados defensores no tienen herramientas necesarias para poder contradecir lo sostenido por Fiscalía, y esto se pudo evidenciar en la audiencia de apelación, ya que los defensores alegaron que varios de los motivos que

fundamentaron la solicitud de la prisión preventiva no pasaron como lo expuso el fiscal en la audiencia de formulación de cargos, situación que pudieron destacar solo revisando el expediente. Frente a aquello, Fiscalía en una de sus intervenciones respecto de uno de los recurrentes indica que no le molestaría que el procesado se defienda estando en libertad, sin embargo solicita se ratifique la prisión preventiva, incurriendo en contradicción y a su vez inobservando la naturaleza de la medida, si el mismo fiscal no considera estrictamente necesaria la privación de libertad, ¿ Por que sigue solicitando prisión preventiva ?; de igual manera el fiscal sostuvo argumentos en los cuales dice que la presentación de arraigo no es suficiente para que no se dicte prisión preventiva, sin embargo para dictar esta medida es necesaria una valoración completa de los presupuestos, doctrina, normativa y principios que esta acarrea, y es erróneo sostener lo alegado por el fiscal cuando la carga de la prueba le corresponde a quien solicita la medida de prisión preventiva. Finalmente, el fiscal respecto del segundo recurrente manifiesta que los arraigos presentados son insuficientes, solicitando nuevamente prisión preventiva, sin indicar el porque los arraigos no serían suficientes para dictar una medida no privativa de libertad, incurriendo nuevamente en solicitudes carentes de fundamento.

Es necesario tomar en cuenta que de 360 casos solo el 2% de las resoluciones de prisión preventiva fue apelada por la defensa (Krauth, 2018), situación alarmante que demuestra conformidad frente a resoluciones poco fundamentadas en las que se prive de libertad a sus defendidos.

Respecto de la resolución dictada por la sala se puede evidenciar un mayor conocimiento referente a esta medida ya que los juzgadores realizan un ejercicio de motivación mas profundo en el que incluyen principios que rodean a la medida de prisión preventiva y una vez abarcados estos, realizan un análisis en conjunto del artículo 534 COIP entendiendo la

naturaleza de la misma es decir admitiéndola como una medida de ultima ratio, tomando parámetros de jurisprudencia internacional como en el caso *Tibi vs Ecuador*.

Que determina que la prisión preventiva sin que existían indicios suficientes para suponer autoría o complicidad de algún delito y a más de esto no probar la necesidad de dicha medida, deriva en una privación de libertad arbitraria e inmotivada y con relación a la excepcionalidad esta medida cautelar La CIDH la nos da parametros para entender qué conlleva, indicando en el presente caso, deja en claro que es indispensable destacar que la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática (*Tibi vs. Ecuador, 2004*).

Conclusiones

Conforme a lo desarrollado en el presente trabajo pude concluir que el caso 01283-2016-04794G confirma una realidad clara de como se maneja la medida de prisión preventiva en el Ecuador, ya que se evidencia como regla general la utilización de esta medida cautelar en la etapa de formulación de cargos, ignorando tanto fiscales como jueces el carácter de excepcionalidad de la misma.

Se observaron discursos automáticos en los que la solicitud fiscal de prisión preventiva se enmarcó en intervenciones infundadas que no toman en cuenta principios y requisitos que rodean esta medida, y a su vez una resolución de la juzgadora que dicta orden de prisión preventiva incumpliendo con su deber de motivación al cual está sometida, incurriendo en inobservancia de parámetros de razonabilidad, lógica y comprensibilidad.

Es importante resaltar la realidad latente que se vive en el país, ya que la utilización abusiva de esta medida conlleva a privaciones de libertad que carecen de legitimidad y que en la mayoría de las ocasiones no son necesarias, ya que la finalidad perseguida por el fiscal puede ser alcanzada por medidas cautelares menos lesivas, salvaguardando un carácter de ultima ratio que reviste a la privación de libertad. Situación que quedó evidenciada al momento de recurrir la resolución de prisión preventiva, ya que la Sala Provincial de lo Penal demostró a través de una fundamentación apegada al ordenamiento jurídico, que los hechos del presente caso no ameritaban privación de libertad, ponderando la libertad de los recurrentes sobre los intereses colectivos enmarcados en una administración de justicia; sin embargo, pese a estos resultados las estadísticas demuestran que la gran mayoría de sujetos procesados no recurren la resolución de prisión preventiva.

Finalmente, a través del presente trabajo espero incentivar a los defensores a luchar por la libertad de sus defendidos desestimando tanto solicitudes fiscales de prisión preventiva que

carezcan de fundamentación, como resoluciones que dicten esta medida y carezcan de motivación. Empezando así el reto de sembrar cambios en la cultura jurídica ecuatoriana.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*.
- Barona, V. (2006). *Una nueva concepción de medidas cautelares*.
- Beccaria, C. (1764). *De los Delitos y las Penas*.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales* (Gendarmenm).
- Del Río Labarthe, G. (2016). *Prisión Preventiva y Medidas Alternativas* (Pacífico Editores S.A.C. (ed.)).
- Donna, E. (2011). *Derecho Penal Parte Especial* (Rubinzal-Culzoni (ed.)).
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón* (Trotta (ed.); Simancas).
- Normativa de Comunicaciones o Datos Informáticos de La Fiscalía, (2015).
- Fontan Balestra, C. (2011). *Derecho Penal Parte Especial*.
- Gutierrez de Cabiedes, P. (2004). *La Prisión Provisional*.
- Hobbes, T. (1651). *De Cive*.
- Krauth, S. (2018). *Prisión Preventiva en el Ecuador*.
- Reátegui, J. (2017). *Prisión Preventiva* (A&C Ediciones Jurídicas (ed.); primera ed).
- Roxin, C. (2019). *Derecho Procesal Penal* (Didot (ed.)).
- Sanguiné, O. (2003). *Prisión provisional y derechos fundamentales* (Tirant (ed.)).
- Vaca, R. (2014). *Derecho Procesal Ecuatoriano, según el Código Orgánico Integral Penal* (Ediciones Legales EDLE (ed.); 1st ed.).

REFERENCIA LEGAL

- Asamblea Constituyente de Montecristi. (2008a). Acta 038. *Actca 038*.
- Asamblea Constituyente de Montecristi. (2008b). *Acta 078*.
- Asamblea Constituyente de Montecristi. (2008c). *Constitución de la República del Ecuador* (Issue Registro Oficial 449). <http://iusrectusecart.blogspot.com/2015/11/art1-de-la-constitucion-del-ecuador.html>

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014a). *Acta 174 E*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014b). *Acta 174D*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014c). *Acta 267*.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2014d). *Código Orgánico Integral Penal* (Editorial Nacional (ed.)).
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (n.d.). *Informe No 2/97*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2016). *Guía para reducir la prisión preventiva*. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/GUIA-PrisionPreventiva.pdf>
- Manual de Funciones Personal Del Sistema Vigilancia Técnica Electrónica, (2012).
- Sentencia No. 011-14-SEP-CC, (2011).
- <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=011-14-SEP-CC>
- Suarez Rosero vs. Ecuador, (1997).
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_35_esp.pdf
- Tibi vs. Ecuador, (2004).
- Usón Ramírez vs. Venezuela, (2008).
- https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_207_esp.pdf
- Proceso No. 01283-2016-04794G, (2016).
- Rocco, A. (1930). *Código Penal Italia*.