

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales

Carrera de Derecho

La falta de regulación jurídica del arraigo en Ecuador y la aplicación arbitraria de prisión preventiva sobre personas en situación de informalidad


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:

Paulo Darío Fajardo Quizhpi

Director:

Santiago Patricio Piedra Jaramillo

ORCID:  0009-0009-9065-1897

Cuenca, Ecuador

2023-05-24

Resumen

La facultad de intervención de estatal debe tener límites para proteger al inocente contra afectaciones excesivas a su libertad. Dentro del catálogo de medidas cautelares, la prisión preventiva se configura como la más lesiva, pues se priva la libertad del imputado sin sentencia condenatoria ejecutoriada. El populismo penal ha provocado que la prisión preventiva se aplique de manera excesivamente discrecional, en donde incluso se invocan figuras inexistentes en el COIP como el arraigo. Dentro de la práctica jurídica existe la costumbre de justificar resoluciones de prisión preventiva aduciendo que la defensa no justifica “arraigo social”, lo cual incurre en dos errores: 1. El arraigo no existe como concepto jurídico en el COIP, y 2. Corresponde a Fiscalía, más no a la defensa, justificar que las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes. Las personas que más se ven afectadas son aquellas que viven en situación de informalidad, pues al momento de verse incurso en un proceso penal es casi inevitable que se aplique sobre ellas la prisión preventiva, ya que la justicia presume que su posibilidad de escapar es mayor y además carecen de una debida documentación que avale su situación en el país.

Palabras clave: prisión preventiva, medidas cautelares, arraigo, informalidad

Abstract

The power of state intervention must have limits to protect the innocent against excessive restrictions on their freedom. Within the catalog of precautionary measures, pre-trial detention is configured as the most harmful, as it deprives the accused of liberty without an enforceable conviction. Penal populism has caused pre-trial detention to be applied excessively discretionary, even invoking non-existent figures in the COIP such as "arraigo". Within legal practice, there is a custom of justifying pre-trial detention resolutions by alleging that the defense does not justify "arraigo", which incurs two errors: 1. "Arraigo" does not exist as a legal concept in the COIP, and 2. It is up to the prosecutor's office, not the defense, to justify that non-custodial precautionary measures are insufficient. The people who are most affected are those who live in informal situations, as when they are involved in a criminal process, it is almost inevitable that pre-trial detention will be applied to them, as the justice system presumes that their possibility of escaping is higher and they also lack proper documentation to prove their situation in the country.

Key words: pre-trial detention, precautionary measures, social roots, informality

Índice de contenidos

Capítulo I.....	8
La Prision Preventiva	8
1.1 Las medidas cautelares en el Derecho Procesal Penal	8
1.2 La Prisión Preventiva.....	11
1.2.1 Fundamento y motivación de la prisión preventiva	11
1.2.2 Límites a la prisión preventiva	13
Capitulo II.....	15
El Arraigo Penal	15
2.1 Concepto.....	15
2.2 Tipos de Arraigo.....	16
2.3 El arraigo en el Derecho comparado	18
Capitulo III.....	20
El Vacio Juridico del Arraigo en Ecuador.....	20
3.1 La falta de un concepto jurídico de arraigo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano	20
3.2 La inversión de la carga probatoria del arraigo	24
3.3 La prueba del arraigo.....	27
Capitulo IV	29
La Dificultad Para Demostrar El Arraigo.....	29
4.1 El fenómeno de la informalidad.....	29
4.2 Consecuencias en la esfera penal de la situación migratoria de un individuo.....	31

4.3 La falta de arraigo como motivación judicial para ordenar prisión preventiva 34

CONCLUSIONES	38
RECOMENDACIONES	40
BIBLIOGRAFIA.....	41

INTRODUCCION

Dentro del estudio del Debido Proceso, se establece como una de sus garantías básicas el desarrollo íntegro de los procedimientos y la evacuación de todas sus fases hasta la ejecución de una sentencia. Si bien dentro de la esfera del Derecho Privado resulta de suma importancia la presencia de las partes en las etapas procesales que lo ameriten; en el campo del Derecho Público, y en específico de Derecho Penal, la comparecencia de los sujetos procesales adquiere una significancia aún mayor, puesto que no están en juego únicamente intereses inter-partes, sino además el interés estatal de sancionar y prevenir delitos que fragmentan el orden social.

Ante esto, se ha desarrollado el concepto de “peligro procesal”, según el cual el aparato jurisdiccional debe procurar que en ningún momento se rompa el vínculo que une al proceso con el procesado, puesto que este último evidentemente buscará evitar una sentencia condenatoria. Como consecuencia, las legislaciones de todo el mundo han generado un catálogo de medidas cautelares encaminadas a asegurar la comparecencia del procesado. El Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP) determina una lista de medidas cautelares en su artículo 522. Aunque el art. 522 del COIP no lo determina de manera expresa, el catálogo de medidas cautelares está ordenado de acuerdo a la intensidad del peligro procesal antes mencionado, empezando con medidas cautelares no privativas de libertad, y culminando con la que definitivamente es la más controversial por su inherente lesividad: la prisión preventiva.

La prisión preventiva es sin duda una de las instituciones jurídicas más polarizantes del Derecho Penal, siendo considerada como una suerte de “pena antes de la pena”, pues existe la privación del derecho a la libertad ambulatoria sin que exista de por medio una sentencia condenatoria ejecutoriada. La Constitución y el mismo COIP determinan el carácter excepcional de la prisión preventiva; sin embargo, en la actualidad este postulado es netamente idealista, pues la prisión preventiva se ha convertido en la medida cautelar aplicada por antonomasia en los procesos penales.

Ahora bien, si de por sí la aplicación por defecto de la prisión preventiva ya constituye una problemática en sí, el tema de fundar y demostrar la necesidad de aplicar la prisión preventiva agrava aún más la precaria aplicación de la figura. En Derecho Penal quien afirma tiene la carga de la prueba; en consecuencia, corresponde a Fiscalía demostrar la ineficacia de las medidas cautelares no privativas de libertad, de manera que el juzgador esté convencido de manera inequívoca del alto peligro procesal que supondría el rechazar la solicitud de prisión preventiva.

El argumento más común para motivar la resolución que ordena la prisión preventiva es la falta de arraigo social. Sin embargo, resulta desconcertante que en todo el articulado del COIP no se menciona en ninguna ocasión el término “arraigo”, de manera que en un primer momento no constituye un supuesto de hecho o un concepto jurídico determinado con sustento legal, por lo que actualmente se invoca bajo un criterio doctrinal. Esta figura, que ha recibido el calificativo de “fantasma” por la carencia de producción legislativa expresa sobre la misma, comprende a breves rasgos la condición de estar afianzado o *enraizado* (de ahí que el término arraigo literalmente signifique echar raíces) en un domicilio o lugar de trabajo, por lo que su oportuna demostración evita la aplicación de prisión preventiva.

Al no existir una debida regulación jurídica del arraigo, la casuística y jurisprudencia han determinado que la figura se debe justificar con documentos tales como contratos de arrendamiento o de trabajo. En el caso de personas con situación domiciliaria y laboral debidamente regularizada, demostrar el arraigo no supondría mayor complicación; sin embargo, las personas que viven y trabajan en situación de informalidad son significativamente más vulnerables a recibir una orden de prisión preventiva en su contra.

Con estos antecedentes, en el primer capítulo se elaborará un análisis deductivo de la prisión preventiva, partiendo por la generalidad las medidas cautelares en el Derecho Procesal Penal, para desembocar en el análisis propiamente dicho de la prisión preventiva, su fundamento, motivación y límites de la misma.

El objetivo del segundo capítulo será determinar el concepto y las diferentes clasificaciones de la figura del arraigo en materia penal. De igual manera, se estudiará el derecho comparado en las legislaciones de Latinoamérica sobre el arraigo para evidenciar el avance legislativo o la falta del mismo respecto de nuestro ordenamiento jurídico.

El tercer capítulo se centrará en delimitar cuál es la situación jurídica en la práctica procesal del arraigo en nuestro país. El vacío que existe por la falta de disposición expresa y la prueba del arraigo.

Finalmente, el capítulo cuarto abordará el fenómeno de la informalidad y las dificultades que atraviesan las personas en situación de informalidad para demostrar judicialmente la figura del arraigo.

CAPÍTULO I

LA PRISIÓN PREVENTIVA

1.1 Las medidas cautelares en el Derecho Procesal Penal

Dentro del estudio del proceso penal, uno de los temas que más genera debate y producción tanto doctrinaria, legal y jurisprudencial, es el vínculo o nexo entre los individuos y el poder público. Por regla general, los individuos al encontrarse directamente involucrados en el proceso penal como víctimas o presuntos infractores, se enfrentan a un aparataje estatal equipado con poderosas herramientas de coerción. Esta inherente relación de desigualdad entre las personas y el aparataje estatal conmina al Estado de Derecho a poner especial énfasis en regular el debido proceso penal.

De acuerdo a Chacón Rojas (2013) “la cuestión que subyace en la regulación del proceso penal es el conflicto existente entre el ejercicio eficaz del ius puniendi y las libertades de los individuos” (p.6). El Estado a través del poder legislativo produce normas penales sustantivas que pretenden definir al injusto penal y su respectiva aplicación de una pena; sin embargo, la norma penal sustantiva, cuando se extrae del papel que la contiene, necesita reglas de aplicación para su efectivización en la práctica, y es allí donde interviene el Derecho Procesal Penal, el cual constituye el campo de acción donde cobra vida el Derecho Penal sustantivo y se erige como la respuesta estatal para equipar a los individuos en miras a la efectivización de garantías constitucionales y derechos humanos fundamentales a lo largo del proceso.

El desarrollo de la Justicia Penal ha conllevado a una situación bipartita donde se genera al mismo tiempo un derecho y una obligación: por una parte, al momento de la institucionalización del Estado, este tiene un derecho de exclusividad respecto a la imposición de las penas, quedando proscrita la venganza por mano propia; empero, el contrapeso de esta potestad estatal está determinado por la obligación de delimitar el marco de acción para la persecución y juzgamiento del presunto delincuente en miras a restaurar la paz social que ha sido fragmentada (Chacón Rojas, 2013).

Ahora bien, a pesar que esta potestad sancionadora exclusiva del Estado tuvo un impacto en la seguridad y libertad individual, no es menos cierto que dotar de poder de manera desmedida al aparataje estatal debe realizarse con la medida necesaria para evitar abusos. Así lo advertía Claus Roxin (2001) cuando mencionaba lo siguiente:

(...) no se debe ignorar, sin embargo, que el aumento de poder que el Estado recibió a través de la transmisión de la violencia penal puede significar también un gran peligro para aquel que, siendo quizá inocente, ha caído en sospecha. Por ello, con la aparición de un derecho de persecución penal estatal, surgió también, a la vez, la necesidad de erigir barreras contra la posibilidad del abuso del poder estatal (...) Los

límites a la facultad de intervención del Estado, que deben proteger al inocente frente a persecuciones injustas y afectaciones excesivas de la libertad, y que también deben asegurar al culpable la salvaguarda de todos sus derechos de defensa, caracterizan al principio de formalidad del procedimiento (p. 2).

Contrario a lo que diversas corrientes distorsionadas como la del populismo penal pudiesen afirmar con vehemencia, la meta del proceso penal no es alcanzar una pena a toda costa; sino que la eminente complejidad de su naturaleza conlleva una finalidad múltiple constituida por “la condena del culpable, la protección del inocente, la formalidad del procedimiento alejada de toda arbitrariedad y la estabilidad jurídica de la decisión” (Roxin, 2001). En definitiva, esta dicotomía entre la represión del delincuente y el autocontrol estatal para el aseguramiento de derechos fundamentales ha motivado a los legisladores a renovar los regímenes de medidas cautelares.

Con este preámbulo, es pertinente analizar los caracteres que rodean a las medidas cautelares, empezando por las aproximaciones conceptuales de la figura. El jurista José Cafferata Nores (1992), se refiere a las medidas cautelares como:

(...) toda restricción al ejercicio de los derechos personales o patrimoniales del imputado o de terceras personas, impuestas durante el curso de un proceso penal y tendientes a garantizar el logro de sus fines, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva en el caso concreto (p. 7).

Por otra parte, la jurista Esmeralda de Troitiño (1999) además de aportar una aproximación conceptual, delimitó los tipos de medidas cautelares. La autora afirma que las medidas cautelares son:

(...) aquellos mecanismos o instrumentos de los que se vale el Estado para lograr el descubrimiento de la verdad material y la aplicación de la ley sustantiva en la dilucidación de los distintos conflictos sociales que se presentan ante los tribunales de justicia (...) las medidas cautelares pueden recaer sobre el patrimonio y reciben el nombre de medidas cautelares reales o pueden afectar la libertad personal del imputado surgiendo así las llamadas medidas cautelares personales (p.45).

Finalmente, el concepto que más llama la atención por el nivel de concreción y la determinación de las características de la figura es el aportado por José Maza (2002), el cual define a las medidas cautelares como:

(...) aquellas actuaciones jurisdiccionales llevadas a cabo en el seno del procedimiento, restrictivas de ciertos derechos de los presuntos responsables de los hechos objeto de investigación o enjuiciamiento, que persiguen asegurar la más

correcta celebración del juicio y la eficacia de la resolución que definitivamente recaiga” (p. 299).

En cuanto al fin de las medidas cautelares, si se acude a la etimología de la palabra “cautelar”, esta palabra tiene su origen en el latín *cautus* que significa proceder con precaución y reserva. La doctrina es concordante en que la figura tiene una finalidad tripartita: tanto protectora, aseguradora e impeditiva.

La primera finalidad es la de proteger a la víctima, al denunciante o al testigo, en el sentido de que el administrador de justicia podrá solicitar fundadamente una o más medidas cautelares para que el presunto infractor no atente contra la integridad física de la víctima, el sujeto que haya denunciado o del testigo o testigos del hecho. La segunda finalidad es el resguardo del material probatorio, de manera que no sufra alteraciones o destrucción antes de su incorporación al proceso. La última finalidad, y la que resulta más trascendente para el quid de la investigación, es evitar la evasión de la acción jurisdiccional cuando existen indicios suficientes que vinculan a un individuo al proceso penal (Moricete, Hernández, & Sabino, 2007).

En virtud de que las medidas cautelares constituyen una disrupción de uno de los principios clave del Derecho Penal que es la presunción de inocencia, la doctrina afirma que su invocación requiere la presencia de dos supuestos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

La apariencia de fundamento jurídico en el proceso, o *fumus boni iuris* por su máxima en latín, se define como “la existencia de indicios sólidos, racionales y fundados de que al final del proceso se proclamará la culpabilidad y la responsabilidad de la persona respecto de la cual se adoptan las medidas cautelares” (Chacón Rojas, 2013, pág. 38). Dicho de otro modo, el juzgador deberá encontrarse convencido de manera inequívoca de que los indicios presentados demuestran un hecho típico punible y que la posible participación del infractor está debidamente fundamentada.

El segundo supuesto es el peligro en la demora o *periculum in mora* por su máxima en latín, el cual es definido como “el interés específico que justifica la emanación de cualquiera de las medidas cautelares y que surge siempre de la existencia de un peligro de daño jurídico, derivado del retardo de una resolución jurisdiccional definitiva” (Chacón Rojas, 2013, pág. 26). En suma, este supuesto doctrinario es la consideración por parte del juez del riesgo que involucra la dilación del proceso, no necesariamente respecto del bien jurídico protegido, sino más bien del agravamiento que implica el retardo en el proceso para el derecho que ya se encuentra afectado.

A pesar de que ambos supuestos son trascendentales para equilibrar la balanza entre el poder punitivo del Estado y la afectación a la presunción de inocencia inherente a las medidas cautelares; a criterio personal, el peligro en la demora debe ser tomado en cuenta de manera ponderada sobre la apariencia de fundamento jurídico, esto debido a que si no se asegura la comparecencia oportuna del procesado, el proceso penal se frustra y se vuelve ineficaz, por lo que no tendría sentido continuar analizando si existe o no la probabilidad de

existencia de un delito que justifique la medida cautelar como lo indica el supuesto *fumus boni iuris*.

1.2 La Prisión Preventiva

1.2.1 Fundamento y motivación de la prisión preventiva

Antes de abordar el tema de la importancia de la fundamentación al momento de imponer la prisión preventiva, es pertinente destacar algunas aproximaciones conceptuales de la figura.

El autor Franco Bazán (2015) menciona lo siguiente:

La prisión preventiva es la medida cautelar personal más grave del ordenamiento jurídico especial. Depende su adopción (que es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional, aunque se requiere petición de las partes acusadoras) de la concurrencia de una posible imputación cuyo objetivo es garantizar la persona del imputado en la tramitación del proceso y en el desarrollo eficaz de la ejecución. (...) la única causa que legitima la adopción de esta medida cautelar personal es la presunta comisión de un delito, existiendo motivos suficientes para creer en la responsabilidad del imputado (Franco Bazán, 2015, pág. 231).

El jurista César San Martín (2020) define y menciona la necesaria motivación de la prisión preventiva de la siguiente forma:

Es la medida de coerción más grave del sistema procesal, al privar al imputado del derecho más importante, luego de la vida y paralelamente reducir en cotas relevantes la garantía de defensa procesal. (...) Surge como consecuencia de una resolución jurisdiccional, debidamente motivada, de carácter provisional y duración limitada que se adopta en el seno de un proceso penal, por la que se priva del derecho a la libertad del imputado por la comisión de un delito grave y en quien concurre (fines) un peligro de fuga suficiente para presumir racionalmente que se ausentará a las actuaciones del proceso, o un riesgo razonable de ocultación o destrucción de las fuentes de prueba (p. 658).

Arturo Zavateła (1954) dentro de su concepto de prisión preventiva hace referencia también a su finalidad cuando menciona lo siguiente:

La prisión preventiva es una medida precautoria de índole personal que crea al individuo sobre la cual recae un estado más o menos permanente de privación de la libertad física, soportada en un establecimiento público destinado al efecto, y que es

decretado por Juez competente en el curso de una causa, contra el sindicado, como partícipe en la comisión de un delito reprimido con pena privativa de libertad, con el único objeto de asegurar su presencia durante el juicio y garantizar la eventual ejecución de la pena (Zavatela, 1954).

Ahora bien, dentro del catálogo de medidas cautelares determinado por el artículo 522 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), se determinan mecanismos jurisdiccionales de índole privativo y no privativo de libertad. Resulta, cuanto menos, una interesante coincidencia que la prisión preventiva se encuentre al final de la enumeración taxativa de medidas, como si se tratase de un mensaje del legislador pretendiendo inferir el carácter de última ratio que tiene esta medida en virtud de su severidad, al ser la única capaz de privar de manera legítima la libertad de un individuo sin previa sentencia condenatoria en su contra. Este argumento es concordante con lo expuesto en la doctrina:

La prisión preventiva -también llamada encarcelamiento preventivo--- representa un nuevo grado de complejidad y gravedad en la privación de libertad cautelar, caracterizada, en relación con los demás estados, por su eventual prolongación en el tiempo y su consiguiente estabilidad. Ella es, precisamente por esa razón, la injerencia más grave en la libertad personal y, al mismo tiempo, la más evidente contradicción con el principio de inocencia que ampara al imputado (*nulla poena sine iudicio*). Prisión preventiva quiere decir, en principio, que desconfían¹os del imputado en grado sumo, pues él es capaz de poner en peligro la realización del procedimiento o la consecución de sus fines, razones por las cuales, para evitar esos riesgos, la ley propone mantenerlo prisionero durante el procedimiento penal, caso excepcional definido jurídicamente- frente a la regla de la libertad personal (Maier, 2011, pág. 415).

Dentro de la misma línea, el autor Guillermo González (1992) también resalta la severidad de la medida al indicar que la prisión preventiva se configura dentro de las medidas cautelares en materia penal como:

(...) la decisión más grave e importante que puede tomar el funcionario judicial al resolver la situación jurídica del sindicado, teniéndose en cuenta que mediante ella se afecta de una manera fundamental el derecho a la libertad individual, al libre desplazamiento y a la misma capacidad de autodeterminación de la persona (González, 1992).

Contrario a la lógica del sistema penal acusatorio, si bien el Fiscal tiene en sus manos la facultad de iniciativa respecto a la prisión preventiva, este no tiene la potestad de resolver sobre su aplicabilidad, pues de acuerdo al art. 540 del COIP: “La aplicación, revocatoria, sustitución, suspensión o revisión de la prisión preventiva, será adoptada por la o el juzgador en audiencia, oral, pública y contradictoria de manera motivada” (Asamblea Nacional del

Ecuador, 2014). Así, la potestad resolutoria del juez constituye una medida de contención para asegurar que un tercero imparcial fundamente y motive esta resolución.

Lo estructural desde el procedimiento que permite esta imparcialidad es que el juez, primero, no es el titular de la investigación preparatoria y no prejuzga sobre su estrategia y hallazgos, solo la controla jurídicamente; y, segundo, son de aplicación los principios de contradicción, igualdad de armas, oralidad e intermediación, de suerte que se evita por parte del juez una actuación solitaria y ajena a los argumentos de las partes (San Martín, 2020, pág. 680).

En definitiva, la prisión preventiva se configura como una suerte de condena previa consistente en la privación de libertad de un imputado sin una sentencia condenatoria ejecutoriada, tal es así que la doctrina le ha otorgado la etiqueta de “encarcelamiento ordenado por la Autoridad Judicial” (Gimeno, 1996). Consecuentemente, en virtud de este cercenamiento del derecho fundamental a la libertad y la presunción de inocencia, debe aplicarse de última ratio y de manera limitada.

1.2.2 Límites a la prisión preventiva

No existe la menor duda de que la facultad jurisdiccional de privar el derecho a la libertad de una persona sin declaratoria de culpabilidad es una potestad legal debidamente desarrollada tanto en la legislación nacional e internacional. La cuestión es que su carácter de última ratio insta a que la mera legalidad de la figura no sea suficiente para su invocación, por lo que además su aplicación debe ser limitada.

Hassemer (2005) analiza los límites a la prisión preventiva desde dos aristas: la presunción de inocencia y la prohibición de exceso.

Para el autor, el blindaje a la presunción de inocencia es uno de los elementos que legitiman el proceso penal cuando afirma lo siguiente:

(...) quien no defiende la presunción de inocencia aun en caso de sospecha vehemente del hecho en forma radical, le quita valor al procedimiento principal, y eleva los resultados del procedimiento instructorio, provisionales y adquiridos con instrumentos jurídicamente menos idóneos, a la categoría de sentencia condenatoria (p. 118)

La prisión preventiva solo puede invocarse con el fin de aseguramiento, en virtud de que se pueda llevar a cabo un procedimiento penal con la presencia del investigado para

facilitar la búsqueda de la verdad procesal; más por ningún motivo debe tener como fin el peligro de reiteración o la reiteración de un hecho punible, pues estos fines son exclusivos para individuos a los cuales una sentencia condenatoria ejecutoriada ha revocado oportunamente el estado de inocencia. Dicho de otro modo, esta medida cautelar en cuestión no puede emplearse a pretexto de combatir anticipadamente contra la criminalidad, pues “quien lucha contra la criminalidad prematuramente, es decir, antes de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, por medio de la prisión preventiva, no respeta el principio de inocencia, le quita valor al procedimiento principal y lesiona a una persona sin fundamento jurídico” (Hassemer, 2005, pág. 119)

Por otra parte, dentro de los límites a la prisión preventiva se hace referencia a la prohibición de exceso. A pesar que la prisión preventiva es una herramienta legítima para el aseguramiento del proceso penal, la naturaleza de esta medida es inherentemente lesiva y puede llegar a vulnerar principios como el de la mínima intervención penal y proporcionalidad.

Ciertamente, la pena privativa de libertad tiene otros presupuestos y otras funciones que la prisión preventiva. Pero también es cierto que la pérdida de la libertad significa para el afectado la máxima injerencia en sus derechos que el sistema penal puede imponerle, y que las diferentes funciones de la prisión en nada alteran la intensidad de esa injerencia. Por lo tanto, al analizar la proporcionalidad de la injerencia se debe poner en la balanza la gravedad de la consecuencia penal a esperar. Si esta consecuencia penal no alcanza a la privación de libertad, entonces la pérdida de la libertad para aseguramiento de la consecuencia penal resulta desproporcionada. (Hassemer, 2005, pág. 121)

De esta forma, la resolución que ordena la prisión preventiva debe realizarse con un criterio de ponderación en el que la pérdida de libertad inherente a la medida se justifique cuando resulte esperable una condena privativa de libertad.

Si de lo que se trata no es del aseguramiento de la ejecución y del procedimiento en sentido estricto, sino de la presencia del acusado en el procedimiento principal, se debe ponderar entonces la pérdida de la libertad del acusado frente al valor de un procedimiento en presencia (Hassemer, 2005, pág. 122).

CAPÍTULO II

EL ARRAIGO EN MATERIA PENAL

2.1 Concepto

El excesivo tradicionalismo de la cultura jurídica frente a la protección de derechos fundamentales es ciertamente una temática que merecería un análisis investigativo debidamente detallado. A manera de contexto, se denomina cultura jurídica a un “determinado modo de pensar, sentir y actuar en relación con el derecho, que es propio de un grupo social dado” (Fundación para el Debido Proceso, 2013, pág. 17). So pretexto de invocar a la tradición y la cultura jurídica, los administradores de justicia tienden a operar bajo un excesivo formalismo y legalismo que otorga un mayor peso a la aplicación estricta de la ley que muchas veces ignora los contextos y realidades socio jurídicas. Más aún, las presiones ejercidas por los medios de comunicación y actores políticos, en el marco del denominado populismo penal, fragmentan cada vez más la vigencia del principio de presunción de inocencia.

Las presiones provenientes del clima social encuentran, con cierta frecuencia, una recepción favorable en jueces y fiscales precisamente en razón de que la cultura jurídica de los servidores judiciales latinoamericanos reserva un espacio relativamente frágil para los derechos humanos en general, y la presunción de inocencia en particular. Esto explica el hecho de que por iniciativa de los propios operadores se den ciertos usos perversos de la prisión preventiva, entre los cuales destaca la utilización instrumental de esta medida de coerción con el fin de forzar confesiones o de inducir la admisión de responsabilidad que facilita una terminación anticipada del proceso (Fundación para el Debido Proceso, 2013)

Esta irregularidad con la que lamentablemente se maneja en la práctica jurídica penal el desarrollo de la figura de prisión preventiva, ha conllevado la implementación de figuras jurídicas que, si bien no están determinadas de manera expresa en el ordenamiento jurídico, son empleadas para la determinación de los parámetros del fundamento y motivación de la prisión preventiva. Una de estas figuras es el arraigo, elemento que muchas veces se exige como requisito *sine qua non* para la imposición de medidas no privativas de libertad, pero que en la práctica opera con carácter sesgado respecto a sujetos en situación de calle, desempleados, y otros sujetos cuya situación domiciliaria, laboral o de residencia no está regularizada.

La doctrina se refiere al arraigo de la siguiente forma: “Se reconoce arraigo, según esta interpretación extendida, a quienes tienen un trabajo formal y estable, son propietarios de una vivienda o la alquilan duraderamente, tienen una relación conyugal formalizada, etc.” (Fundación para el Debido Proceso, 2013, pág. 18). Por su parte, James Reátegui (2006) define al arraigo como “(...) el establecimiento del imputado en un lugar fijo, en el cual

mantiene relaciones con el medio en donde se desenvuelve con una intensidad determinada” (p. 223).

El nexa que vincula a un individuo con personas o cosas puede tener diferentes manifestaciones:

(...) una persona puede estar vinculada a algo, por ejemplo, la propiedad de un bien inmueble debidamente inscrito en los registros públicos, siempre que esté a su nombre, pues esto determina que el imputado tiene un motivo para no abandonar el país, así como puede estar vinculada a alguien, por ejemplo, su esposa e hijo, con lo que, razonablemente, nos puede dar a entender que no abandonará las fronteras, ya que existe un motivo familiar que lo retiene (Lamas Puccio, 2020, pág. 117).

2.2 Tipos de Arraigo

De acuerdo a Lamas (2020) existen cuatro tipos de arraigo en base a cuatro dimensiones a considerar: el arraigo domiciliario, el arraigo familiar, el arraigo laboral y el arraigo de bienes.

El arraigo domiciliario determina que un individuo se ha establecido en un espacio territorial de tal forma que no exista mayores inconvenientes para encontrarlo dentro de ese espacio. Desde la óptica de la administración de justicia, lo trascendente es “que el ciudadano pueda ser localizado por la justicia, es decir, que no se trate de alguien que no tenga domicilio conocido y que, por lo tanto, la justicia no lo pueda convocar y ni notificar” (Lamas Puccio, 2020, pág. 117). Así, se considera a una persona con arraigo domiciliario cuando es factible su ubicación, independientemente de si su vivienda es alquilada o propia, o de si su domicilio físico difiere del domicilio establecido en el Registro Civil.

Por ejemplo, si en la etapa de diligencias preliminares de un proceso se logró notificar al investigado en su domicilio real y, además, se realizó una diligencia de allanamiento en el mismo domicilio, entonces, al momento de la formalización de la investigación preparatoria, no es válido sostener que no existe un arraigo de esta naturaleza debido a la multiplicidad de domicilios del imputado, sobre todo cuando siempre fue ubicable en la etapa preprocesal (Lamas Puccio, 2020, pág. 117).

El segundo tipo de arraigo a considerar es el familiar. En un primer momento, se entiende como arraigo familiar el nexo de consanguinidad o afinidad que une al investigado con sus parientes y que consecuentemente le impediría huir pues esto implicaría separarse de sus parientes. Ahora bien, bajo esta somera lógica se podría afirmar que, por el hecho de tener familia, todo investigado está arraigado dentro de esta categoría; sin embargo, la doctrina advierte que el criterio determinante será analizar qué tan fuerte es este lazo en cada caso concreto.

(...) el arraigo de un ciudadano que hace diez años no vive con sus padres, que no tiene hijos ni esposa, no es el mismo que el de uno que vive con sus padres, apoya en los gastos familiares y, además, tiene esposa y tres hijos que viven con él. En ambos supuestos, el ciudadano tiene arraigo familiar; sin embargo, es innegable que para efectos de la acreditación de este tipo de arraigo resulta más relevante la situación del segundo ciudadano que la del primero, porque el vínculo familiar de este último no se ha fortalecido ni se ha mantenido durante un periodo de diez años, lo que nos puede llevar a concluir que para ese ciudadano investigado es irrelevante dejar a sus padres (Lamas Puccio, 2020, pág. 118).

En teoría, debería bastar con la presentación del acta matrimonial para la comprobación del arraigo en personas casadas; sin embargo, en la práctica es evidente que un porcentaje considerable de la población mantiene vínculos afectivos no inscritos bajo las figuras de matrimonio o unión de hecho. Ante esto, la doctrina sugiere que, ante la presencia de esta situación particular, bien podría el investigado presentar una declaración juramentada suscrita por ambos convivientes dentro de la audiencia de prisión preventiva. Ahora bien, con el tema de los hijos también cabe preguntar si la presencia de los mismos en el hogar es determinante para que se perfeccione el arraigo; ante esto, la misma doctrina sugiere que el pago de alimentos sí vincula al investigado con sus hijos para la configuración de arraigo familiar (Lamas Puccio, 2020).

Como tercer tipo de arraigo se encuentra el arraigo laboral. Bajo este criterio, el investigado deberá demostrar que tiene una fuente estable de ingresos que le impediría ausentarse de su entorno pues esto supondría carencia de un medio de subsistencia. Nuevamente, y como sucede con el arraigo familiar, se pensaría que la presentación del contrato de trabajo es la forma directa e inequívoca de probar este vínculo; sin embargo, y como se analizará en profundidad en capítulos posteriores, el fenómeno de la irregularidad laboral es una problemática latente en un país donde apenas el 47% de personas con empleo tienen un trabajo formal bajo contrato (El Universo, 2022).

Finalmente, existe el denominado arraigo en bienes, según el cual “si la persona cuenta con bienes muebles o inmuebles bajo su propiedad, es improbable que desaparezca dejándolos en abandono” (Lamas Puccio, 2020, pág. 121). Bajo este concepto, se puede inferir que la posesión de bienes en un determinado espacio territorial conminará al investigado a permanecer en el territorio nacional, más aún si tuviese una gran cantidad de bienes.

2.3 El arraigo en el Derecho comparado

Dentro del Código Orgánico Integral Penal, no se menciona el término arraigo en ninguna ocasión, al punto en el que autores como Krauth (2018) le han otorgado el calificativo de “fantasma” dentro de la práctica procesal penal ecuatoriana. En capítulos posteriores se analizará en detalle las implicaciones que tiene la ausencia de la figura expresa del arraigo; pero, por el momento, es pertinente analizar la presencia de la figura dentro de las legislaciones de Latinoamérica.

Similar a lo que ocurre en Ecuador, el ordenamiento jurídico chileno señala la excepcionalidad de la prisión preventiva, pudiendo invocarse únicamente cuando no sean aplicables otras medidas cautelares provistas en el Código de Procedimiento Penal de Chile. Sin embargo, cuando se trata específicamente de la improcedencia de la figura, el artículo 539 del COIP palidece en comparación al desarrollo del artículo 141 de Ley Penal adjetiva de Chile:

Art. 141 Improcedencia de la prisión preventiva: (...) No procederá la prisión preventiva:

- a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos;
- b) Cuando se tratare de delitos de acción privada, y
- c) Cuando el tribunal considere que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social (Ministerio Público, 2000).

Si bien dos de las causales mantienen una gran similitud a las de nuestro ordenamiento jurídico, el literal c) del mencionado artículo hace una determinación expresa del arraigo; sin embargo, no determina un concepto normativo de la figura ni tampoco ahonda en los medios para la “acreditación” que hace referencia el tercer inciso.

Ahora, en un segundo bloque de legislación comparada referente al arraigo, se encuentran las legislaciones que específicamente hacen referencia a la figura en el marco del peligro de fuga. Para evitar la excesiva discrecionalidad en el empleo de una figura aparentemente ambigua como el peligro de fuga, algunas legislaciones han delimitado criterios de ponderación para su concurrencia, tal es el caso del Código de Procedimiento Penal de Bolivia que en su artículo 234 describe al arraigo (sin mencionarlo expresamente) como uno de los mencionados criterios de concurrencia:

Artículo 234. (Peligro de Fuga). Por peligro de fuga se entiende a toda circunstancia que permita sostener fundadamente que el imputado no se someterá al proceso buscando evadir la acción de la justicia. Para decidir acerca de su concurrencia, se

realizará una evaluación integral de las circunstancias existentes, teniendo especialmente en cuenta las siguientes:

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país (Ministerio de Justicia de Bolivia, 2010).

El Código Procesal Penal de Costa Rica también se refiere al peligro de fuga, sin embargo, se destaca el hecho de que constituye el cuerpo normativo que más se aproxima a proporcionar un concepto normativo del arraigo. Asimismo, hace referencia a los tipos de arraigo descritos en el epígrafe anterior:

ARTÍCULO Nro. 240. Peligro de fuga. Para decidir acerca del peligro de fuga se tendrán en cuenta, especialmente, las siguientes circunstancias: a) Arraigo en el país, determinado por el domicilio, residencia habitual, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto. La falsedad, la falta de información o de actualización del domicilio del imputado constituirá presunción de fuga (Asamblea Legislativa de Costa Rica, 1996).

Hasta este punto ninguna de las legislaciones citadas ha hecho mención a la falta de arraigo; el cual, como se evidenciará en capítulos posteriores, es uno de los principales argumentos de los jueces en Ecuador para dar paso al dictamen de prisión preventiva. Esta expresión “falta de arraigo” aparece en la legislación penal adjetiva tanto de Paraguay como de Colombia:

Artículo N.º 243 (Código Procesal Penal de Paraguay) Para decidir acerca del peligro de fuga, se tendrán en cuenta las siguientes circunstancias: 1) la falta de arraigo en el país, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto (Congreso de la Nación Paraguaya, 2012).

Artículo 312 reformado (Código Procesal Penal de Colombia): Para decidir acerca de la eventual no comparecencia del imputado, se tendrá en cuenta, en especial, la gravedad y modalidad de la conducta y la pena imponible, además de los siguientes factores: 1. La falta de arraigo en la comunidad, determinado por el domicilio, asiento de la familia, de sus negocios o trabajo y las facilidades que tenga para abandonar definitivamente el país o permanecer oculto (Congreso de la República de Colombia, 2004).

Ahora bien, el ordenamiento jurídico comparado que más llama la atención por el notable desarrollo de la figura del arraigo es el de Perú. El Código Procesal Penal Peruano también hace referencia al peligro de fuga y al arraigo en la determinación de las condiciones y límites de la prisión preventiva, pero da un paso más allá pues existe jurisprudencia vinculante al respecto por parte de la Corte Suprema de Justicia de Perú que menciona lo siguiente:

Dentro de los criterios que el juez debe tener en cuenta para determinar el peligro de fuga están aquellos vinculados a la situación personal, familiar y económica del imputado, conocido como arraigo—que tiene esencialmente un carácter objetivo, y ni puede afirmarse con criterios abstractos, sino debe analizarse conforme al caso concreto— El arraigo tiene tres dimensiones: 1) la posesión, 2) el arraigo familiar y 3) el arraigo laboral. El primero se refiere a la existencia de un domicilio conocido o de bienes propios situados dentro del ámbito de alcance de la justicia. El segundo se circunscribe al lugar de residencia de aquellas personas que tiene lazos familiares con el imputado. El tercero se expresa en la capacidad de subsistencia del imputado, que debe provenir de un trabajo desarrollado en el país. Todo ello, visto en su conjunto, acreditaría el establecimiento de una persona en un determinado lugar. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse, desincentivan la fuga del imputado. Es claro que estas circunstancias de arraigo, de presentarse desincentivan la fuga del imputado (Corte Suprema de Justicia de Perú, 2015).

En la práctica procesal penal de Perú, el administrador de justicia debe corroborar una serie de circunstancias para la determinación del peligro de fuga, y no privar arbitrariamente el derecho a la libertad individual so pretexto de la aplicación ciega del *ius puniendi*. Se debe tomar en consideración, por ejemplo, si el investigado tiene recursos económicos suficientes, si posee o no vinculación con otro país, y si su situación personal acredita un arraigo. Empero, y como determina la jurisprudencia citada, el arraigo no debe aplicarse bajo un criterio abstracto o consuetudinario, sino en el marco de la concurrencia de criterios objetivos que son prácticamente inexistentes en el marco legislativo y jurisprudencial de nuestro país.

CAPÍTULO III

EL VACÍO JURÍDICO DEL ARRAIGO EN ECUADOR

3.1 La falta de un concepto jurídico de arraigo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano

El COIP constituye uno de los tantos frutos de la modernización legislativa impulsada por la Constitución de Montecristi del año 2008, creado con la finalidad bipartita de, por un lado, eliminar la dispersión que suponía contar con legislación penal adjetiva y sustantiva en cuerpos legales separados; y, por otra parte, generar nuevos tipos penales adecuados a nuevos criterios con enfoque de género, lesa humanidad, derechos humanos fundamentales, entre otros.

Sin embargo, muy a pesar de que la progresividad del COIP fue elogiada en su génesis, el paso del tiempo ciertamente ha revelado desaciertos y ausencias en la producción legislativa que siguen generando interrogantes al día de hoy cuando este cuerpo normativo está a punto de cumplir su primera década. Mientras que el arraigo en materia penal ha tenido un desarrollo significativo en la legislación comparada desde hace ya algunos lustros, dentro del COIP la figura no es mencionada de manera expresa en ninguna ocasión.

Pero si técnicamente el arraigo no existe en la legislación penal, ¿Por qué para los jueces es común invocar la ausencia de esta figura para resolver a favor del dictamen de prisión preventiva? Para empezar este análisis, es pertinente en primer lugar citar la normativa vigente del COIP sobre la prisión preventiva. El artículo 534, sustituido por la Ley Reformativa del Registro Oficial Suplemento 107, determina los cuatro presupuestos objetivos de la prisión preventiva:

Art. 534.- Finalidad y requisitos. - Para garantizar la comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena, la o el fiscal podrá solicitar a la o el juzgador, de manera debidamente fundamentada, que ordene la prisión preventiva, siempre que concurren los siguientes requisitos:

1. Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción.
2. Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción. En todo caso la sola existencia de indicios de responsabilidad no constituye razón suficiente para ordenar la prisión preventiva.
3. *Indicios de los cuales se desprenda que las medidas cautelares no privativas de la libertad son insuficientes y que es necesaria la prisión preventiva para asegurar su presencia en la audiencia de juicio o el cumplimiento de la pena. Para este efecto, la o el fiscal demostrará que las medidas cautelares personales diferentes a la prisión preventiva no son suficientes. En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes.*
4. Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año. En los requisitos descritos en los números 1 y 2, el parte policial no constituye ningún elemento de convicción ni será fundamento para solicitar o conceder la prisión preventiva. El parte policial es exclusivamente referencial. De ser el caso, la o el juzgador para resolver sobre la prisión preventiva deberá tener en consideración si la o el procesado incumplió una medida alternativa a la prisión preventiva otorgada con anterioridad en cualquier otra causa (Asamblea Nacional del Ecuador, 2019).

Para la temática en cuestión, el numeral tercero es el que merece especial atención; pues, a pesar de que no está expresamente señalado como tal, ciertamente determina la finalidad de la prisión preventiva y el criterio determinado en el Art. 77.1 de la Constitución respecto a que “la privación de libertad no será regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso” (Asamblea Nacional Constituyente, 2011) , siendo este último el criterio que emplea tanto Fiscalía, el juzgador y la defensa del investigado para afianzar o desvirtuar la necesidad de prisión preventiva.

El tercer requisito tiene relación con la aplicación de la prisión preventiva de manera necesaria y excepcional. Pues una vez que se han verificado el cumplimiento de los dos requisitos anteriores, tanto fiscal como juez deben tomar una decisión de manera fundamentada que asegure: 3.1) que las medidas no privativas de libertad son insuficientes; 3.2) que es necesario dictar la prisión preventiva para asegurar la presencia del procesado al juicio y el cumplimiento -eventual- de la pena. Para este último requisito la praxis judicial en el Ecuador ha llevado a que los operadores de justicia realicen análisis que evalúan varios elementos de la necesidad de cautela (Obando, 2018, pág. 30).

Este requisito representa el equivalente de la figura doctrinaria del peligro en la demora que se analizó previamente. Bajo este mandato legal, le corresponde a Fiscalía demostrar fundadamente al juzgador que la persona investigada se desprenderá del proceso a menos que se la mantenga bajo privación de libertad. Por ejemplo, el Fiscal deberá argumentar que para resguardar la inmediación procesal no bastará con el dispositivo de vigilancia electrónica, la prohibición de salida del país y el arresto domiciliario.

Sin embargo, llevar a la práctica las condiciones ideales que plantea la norma no ha tenido los resultados esperados por el Legislativo. En 2018, La Defensoría Pública condujo una investigación como respuesta al aumento desmesurado de privados de libertad y el consecuente hacinamiento que esto provoca. El informe determinó, entre otras falencias, que el COIP promueve el uso arbitrario de la prisión preventiva al no existir proporcionalidad entre el daño causado y la pena acorde al delito; y, además, que Fiscalía no emplea criterios de proporcionalidad y excepcionalidad al momento de solicitar esta medida cautelar (Defensoría Pública del Ecuador, 2018).

Dentro de la misma línea, el informe de la Defensoría Pública señala que la petición de prisión preventiva no se realiza bajo los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad determinados en el numeral 3 del art. 534 del COIP cuando se menciona lo siguiente:

(...) al momento de sustentar la solicitud de prisión preventiva, no se da cumplimiento a la exigencia de estos requisitos y el fiscal se limita simplemente a realizar el requerimiento sin motivación alguna. Determina el informe que dentro del sistema informático que maneja el sistema judicial no existen mayores registros o datos de las personas que van a ser procesadas y a las que se les va a imponer una medida

cautelar; en el caso que compete la prisión preventiva, por lo cual resulta necesario conocer y obtener estándares demográficos y más aún del entorno familiar de estas personas. Se mencionan ejemplos como: si tienen niños a su cargo, relaciones laborales, nivel de ingresos, discapacidad, etc., así como reunir los elementos de juicio suficientes que aseveren la decisión de aplicar la prisión preventiva. Además, se establecen deficiencias en la información constante en los expedientes donde reposa la información del proceso, como, por ejemplo: la duración de la prisión preventiva, relacionada con el tipo de delito (Defensoría Pública del Ecuador, 2018).

Pero lo que más llama la atención del informe de la Defensoría Pública previamente citado, cuya investigación fue liderada por el jurista Stefan Krauth (2018), es que, al momento de aplicar el numeral tercero del 534, existe la costumbre de justificar ciertas resoluciones de prisión preventiva aduciendo “falta de arraigo social”; lo cual resulta ciertamente sorprendente, ya que la figura es inexistente en el COIP, por lo que Krauth le ha otorgado el apelativo de “figura fantasma”.

Según los hallazgos del estudio empírico realizado por la Defensoría Pública, en casi todos los casos de prisión preventiva, los juzgadores justifican su resolución con la falta del arraigo social del imputado. La frase estereotipada es: “La defensa no ha justificado el arraigo social”. Es decir, si la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva. Esta práctica es evidentemente ilegal y podría fundar la responsabilidad penal de los jueces de garantías penales según el artículo 160 del COIP, pues estos juicios abarcan dos errores graves: 1. El arraigo social no existe como concepto jurídico. Es un fantasma. En ningún artículo el COIP habla del arraigo social. 2. Es el fiscal quien debe presentar los indicios de los cuales se desprende que las medidas cautelares no privativas de libertad son insuficientes (Defensoría Pública del Ecuador, 2018)

Si bien desde el punto de vista doctrinario la existencia de arraigo por parte de un individuo puede llegar a disminuir el peligro de fuga, el riesgo de fuga no puede ser considerado como un elemento decisivo y suficiente para dictar prisión preventiva; en consecuencia, y como lo expresa la doctrina, argumentar la viabilidad de la medida solo por inexistencia del arraigo no es procedente:

En otras palabras: la falta del arraigo social no implica - en sí mismo - el peligro de fuga. Esta conclusión sería un automatismo y una esquematización que contraviene el artículo 534, numeral 3 del COIP. El juzgador siempre debe considerar el caso concreto en una ponderación abarcadora de todos factores relevantes. Por ende, aunque la Fiscalía lograra comprobar que la persona procesada por ejemplo no

dispone de arraigo familiar, no se puede en ausencia de otros elementos - desprender que otras medidas cautelares fueran insuficientes (Krauth, 2018, pág. 76).

La ausencia de un concepto jurídico y lineamientos para la aplicación del arraigo no solo vulnera el principio de legalidad, sino que además crea una situación irregular en torno al principio de contradicción, puesto que el numeral tercero del art. 534 del COIP conmina al Fiscal a señalar de manera motivada los argumentos fácticos que instan a la aplicación de prisión preventiva. Sin embargo, y como se profundizará en el siguiente acápite de la investigación, resulta desconcertante que en la práctica sea la parte defensora la que debe comprobar una figura que no solo es inexistente en la normativa penal, sino que además no es por si sola determinante para explicar y justificar el peligro procesal.

3.2 La inversión de la carga probatoria del arraigo

Uno de los principios rectores del Derecho Procesal Penal es el principio de contradicción. Este principio, reconocido incluso en la Constitución, pretende que en el proceso penal adversarial las partes se encuentren en igualdad de condiciones para que sus argumentos sean escuchados por parte del juez, pudiendo así ejercer su derecho a la defensa y asegurar el cumplimiento de las garantías procesales.

El principio de contradicción que rige plenamente durante el juicio oral, garantiza que las producciones de las pruebas se hagan bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad de que ellos tengan la facultad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones, tanto sobre la propia prueba como respecto de la de los otros. (...) Básicamente el principio de contradicción se constituye en el derecho que tiene toda persona que puede ser afectada por una decisión jurisdiccional de tener la oportunidad de exponer sus argumentos ante el juzgador, presentar prueba e impugnar o refutar la prueba presentada en su contra, en este caso, dicho principio se encuentra profundamente ligado con el derecho a la defensa, garantizado en el artículo 76 numeral 7 literal h de nuestra Constitución (González, 2019, pág. 30)

El COIP dentro del numeral 13 del art. 5 se refiere al principio de contradicción y menciona lo siguiente:

Art. 5.- Principios procesales. - El derecho al debido proceso penal, sin perjuicio de otros establecidos en la Constitución de la República, los instrumentos internacionales

ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los siguientes principios: (...) 13. Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra (Asamblea Nacional del Ecuador, 2014).

En la esfera del Derecho Procesal, existe unanimidad sobre la máxima de: “quien afirma, tiene la carga de la prueba” (López Ramos, 2009) . De esta forma, la carga de la prueba recae sobre la parte procesal que busca la consecución de uno o más efectos jurídicos en base a hechos fundamentan su pretensión. En base a lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 520 del COIP, corresponde a Fiscalía sustentar la solicitud de medidas cautelares mediante argumentos que justifiquen la medida. En consecuencia, y en concordancia con el numeral 13 del art. 5 del COIP, es el Fiscal quien debe presentar pruebas de los hechos que justifiquen la orden de prisión preventiva.

Con esta breve intervención se debería acabar la discusión sobre la carga de la prueba frente la solicitud de la prisión preventiva. Es la Fiscalía quien debe presentar las pruebas de las cuales se desprende la necesidad de la prisión preventiva (es decir, el peligro procesal de cierta intensidad), pues estos hechos sostienen su solicitud. Si el juzgador no está convencido del peligro procesal más allá de la duda razonable, en el sentido del Principio Procesal estipulado en el artículo 5, numeral 3 del COIP: convencimiento más allá de toda duda razonable, debe rechazar la solicitud (Krauth, 2018)

Otro de los principios del proceso penal que también es recurrente mencionar al hablar la prisión preventiva es la presunción de inocencia, según el cual el individuo que presuntamente ha cometido un delito tiene derecho a ser tratado como persona inocente hasta se dicte una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra. Faúndez (1992) señala que uno de los principales efectos de la presunción de inocencia es que “la carga de la prueba le corresponde a la acusación. El imputado no está obligado a demostrar su inocencia, sino que ésta se impone en virtud de la presunción” (p. 250).

En virtud de este principio constitucionalmente reconocido, se exige al Estado, a través de Fiscalía, que verifique fundadamente la existencia de requisitos pertinentes para que proceda la prisión preventiva. Incluso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (1997) es enfática en el papel exclusivo del juzgador en la justificación de la procedencia de la prisión preventiva cuando señala que

(...) son las autoridades judiciales las que deben 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 le mantendrían en el país, además de una posible sentencia prolongada. En consecuencia, si los magistrados que atiendan la causa no tienen la posibilidad de demostrar que existe suficiente evidencia de una eventual intención de fuga u ocultamiento, la prisión preventiva se vuelve injustificada (p. 97).

Ahora bien, pese a la aparente armonía y unanimidad entre la literatura jurídica y la legislación nacional e internacional sobre la carga de la prueba; resulta ciertamente inquietante que en Ecuador se configure como una práctica abiertamente aceptada, y hasta promovida, la asignación de la carga de la prueba a la defensa con base en la controversial figura del “arraigo social”, tal como lo advierte la doctrina:

Según los hallazgos del estudio empírico realizado por la Defensoría Pública, en casi todos los casos de prisión preventiva, los juzgadores justifican su resolución con la falta del arraigo social del imputado. La frase estereotipada es: “La defensa no ha justificado el arraigo social”. Es decir, si la defensa no presenta pruebas del denominado arraigo social, se dicta la prisión preventiva (Krauth, 2018, pág. 75)

De esta costumbre jurídica surgen dos errores en la práctica procesal: en primer lugar, se atenta al principio de legalidad, pues se ha demostrado que el arraigo no existe como concepto jurídico en el COIP; y, por otra parte, es inadmisibles que se delegue a la defensa una tarea de tal trascendencia como la comprobación de insuficiencia de medidas cautelares no privativas de libertad, cuando es Fiscalía quien debe realizarlo. En consecuencia, los juzgadores incurrirían en el delito de privación ilegal de la libertad según el artículo 160 del COIP. Este criterio es concordante con Krauth (2018):

(...) es una tarea de la defensa insistir en la clara distribución de la carga de la prueba ante el COIP y la jurisprudencia internacional. Frente a los conceptos carga de prueba y arraigo social, en las audiencias de flagrancia los defensores públicos deberán alegar que: 1. Es la Fiscalía quien debe presentar las pruebas para la procedencia de la prisión preventiva (artículo 5, numeral 13, COIP, artículo 534, numeral 3 del COIP). 2. El arraigo social no existe como concepto jurídico en el COIP (p. 77).

El argumento que finalmente debería instar a los servidores públicos de la Función Judicial a abandonar la cuestionable práctica de invertir la carga probatoria del arraigo se la puede encontrar en la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia. La Resolución 14-2021 no solo reafirma la exclusividad del Fiscal para la demostración del riesgo procesal, sino que además afirma de manera categórica la proscripción de todo criterio de subjetividad, como el de valoración de la gravedad de la pena, para la determinación del riesgo procesal que pudiese fundar la solicitud de prisión preventiva:

(...) de conformidad con el artículo 534.3 del Código Orgánico Integral Penal, podemos interpretar que le corresponde a la Fiscalía acreditar o demostrar la existencia del riesgo procesal, y que las medidas alternativas no son suficientes para aplacar ese peligro, tornándose necesaria la prisión preventiva. En este sentido, es menester aclarar que, al contrario de lo que en ocasiones ha venido ocurriendo en la casuística, la persona procesada no está obligada a justificar el arraigo. Por otro lado, se debe indicar que, los elementos que sirven para fundamentar la prisión preventiva deben ser racionalizados, lógicos y objetivos, sin caer en fundamentaciones subjetivas, como por ejemplo la pertinencia de la aplicación de la prisión preventiva observando aisladamente la gravedad de la pena del delito que se investiga, sin tener en cuenta otros elementos (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 2021, pág. 11)

De esta forma, la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia es categórica al señalar que el riesgo procesal debe comprobarse en virtud de criterios objetivos, más no en un criterio superficial como la falta de confianza respecto al sometimiento voluntario al proceso penal por parte del investigado. Asimismo, el requisito esencial para justificar la prisión preventiva es la comprobación del riesgo, pues el vínculo entre el peligro de fuga y la gravedad de la pena es subjetivo y no procede automáticamente.

3.3 La prueba del arraigo

En el marco de una práctica jurídica ideal, la privación de la libertad por medio de la prisión preventiva debería ser fruto de una argumentación racional por parte de Fiscalía sobre las diversas aristas del peligro procesal para el caso en cuestión; sin embargo y como se concluyó en líneas precedentes, una decisión tan lesiva como la prisión preventiva se reduce a comprobar que “el imputado haya logrado presentar planillas de servicios básicos en copia a color, notificadas, con firma de tinta azul y sello legible” (Krauth, 2019).

Si bien el ejemplo práctico de Krauth tiene un tinte irónico, esta tramitología respecto a la prueba del arraigo no está del todo desapegada a la realidad procesal. El arraigo, el cual se ha demostrado estar estrechamente vinculado con el peligro de fuga, es una variable que en la práctica no es demostrada por el Estado sino por el mismo sujeto investigado como una suerte de último recurso para evitar la privación de su libertad.

La Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos (2020) condujo un estudio en el que se determinó que en menos de la mitad de los dictámenes de prisión preventiva se pudo demostrar el arraigo social por parte de los sujetos investigados:

En la práctica judicial, el 19% de los procesados presenta documentos que intentan justificar su futura comparecencia al proceso. Sin embargo, de los expedientes analizados se deduce que no existe una postura unánime de los jueces respecto a la validez de los documentos de arraigo social, que en vista que no está regulado

legalmente en el Ecuador, genera interpretaciones enteramente subjetivas de los juzgadores e incertidumbre para las partes procesales, la misma que se concretiza en una vulneración del derecho a la seguridad jurídica (Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos, 2020, pág. 83).

De acuerdo al tipo de arraigo, existen diversos documentos que las personas inmersas en un proceso penal pueden sustentar su situación, en base a los diferentes tipos de arraigo. En cuanto al arraigo laboral, el investigado puede presentar el contrato de trabajo y/o el certificado laboral, mejor conocido en la práctica como el mecanizado del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, el cual posee de un código QR, que es una imagen única digital mediante la cual los sujetos procesales podrán ingresar a un portal web para verificar la validez del documento físico.

Por otra parte, para justificar arraigo familiar, el investigado deberá acudir al Registro Civil para obtener en un primer momento su certificado de nacimiento si se tratase de un nacido en Ecuador, o la partida de nacimiento debidamente obtenida en el país de origen si se tratase de un extranjero. Asimismo, deberá presentar los documentos de identificación de la o el cónyuge, así como de los hijos menores de edad. Luego, podrá también sustentar su situación de arraigado presentando un contrato de arriendo; o en su defecto, una declaración juramentada en la que se manifieste que el investigado reside o va a residir en el domicilio del declarante. Así también, el investigado podrá sustentar su situación con la partida de matrimonio.

Finalmente, para justificar vínculos con la comunidad, el investigado deberá entregar documentos como: “certificados de estudios, cumplimiento de obligaciones bancarias, escrituras de propiedades o certificados de Registro de la Propiedad, planilla de luz, agua o teléfono” (Austro Legal, 2019).

En definitiva, al no existir una debida legislación adjetiva sobre la prueba del arraigo en el marco de la prisión preventiva, se genera como consecuencia una aplicación discrecional de la figura, puesto que el juzgador será quien al final decidirá si la documentación presentada es o no suficiente; o, en el peor de los casos, un juzgador podría aducir que por la ausencia de legislación ni siquiera se llegue a considerar la documentación.

(...) los parámetros de imposición o abstención de prisión preventiva se vuelven difusos y generan una inseguridad jurídica sumamente perjudicial en las partes procesales, especialmente en el sujeto procesado, ya que los criterios de evaluación de la documentación de arraigo social se aplican indistintamente, en función del criterio personal que tiene el operador de justicia que conoce la causa. Razón por la cual la persona procesada se encuentra en una situación en la que el poder punitivo del Estado recae con total arbitrariedad (Gudiño, 2019, pág. 62).

CAPÍTULO IV

LA DIFICULTAD PARA DEMOSTRAR EL ARRAIGO

4.1 El fenómeno de la informalidad

Las debilidades del poder judicial en el Ecuador son cada vez más evidentes para quienes actúan de manera directa o indirecta de la práctica jurídica. La influencia de redes de difusión de información no verificada ha dotado al sistema judicial de un tinte corporativista, en donde las decisiones judiciales ya no deben únicamente obedecer al marco de la legislación establecida, sino que además deben ajustarse al clamor popular y a la aceptación de colectivos y organizaciones, generando una suerte de “politización” de la administración de justicia.

La figura de la prisión preventiva tristemente se ha teñido de esta destructiva tendencia, según la cual las decisiones judiciales deben encaminarse al consenso popular y la satisfacción de líneas partidistas, por sobre el ajuste al principio de legalidad y el debido proceso.

(...) Por ejemplo, el mandamiento corporativista (compuesto por los medios de comunicación y la Policía): “Las personas recién detenidas merecen un escarmiento y por eso hay que dictar la prisión preventiva como regla”, se aplica como “línea del partido” en las resoluciones dictando la prisión preventiva. El juez asume el papel de un cuadro disciplinador, dejando atrás el marco de la ley en cuanto el consenso corporativista lo precise. Las actuaciones del poder judicial se determinan solo en apariencia por medio de la ley. En cuanto al contenido, y más allá de la ley, lo político se presenta como fundamento de la decisión (Krauth, 2018, pág. 22).

Esta suerte de “cacería de brujas” en que se ha convertido la aplicación de la prisión preventiva ha adoptado al arraigo como el requisito de procedibilidad insignia, aun cuando no es un concepto jurídico determinado, ni tampoco un supuesto de hecho expresamente determinado en la legislación penal ecuatoriana. Como consecuencia, las personas con empleo informal se han convertido en el chivo expiatorio de esta práctica; pues, al no poder demostrar sus vínculos laborales o domiciliarios por la ausencia de contratos, la privación de su libertad es prácticamente inevitable en caso de una detención.

Pero, ¿Qué es el sector informal desde el punto de vista laboral? El Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (2017), define al empleo en el sector informal como “el conjunto de personas ocupadas que trabajan en establecimientos que no se encuentran registrados ante la autoridad tributaria, es decir, en empresas que no tienen Registro Único de Contribuyente (RUC)” (Instituto Nacional de Estadísticas y Censos, 2017, pág. 8).

Desde una perspectiva terminológica se habla indistintamente –para referirse al mismo fenómeno- de economía sumergida, subterránea, informal, oculta, no

declarada, paralela, sólo para mencionar algunos de los términos de mayor uso. Como resulta evidente, hemos adoptado el de economía –y consecuentemente, empleo-informal, por su arraigo indiscutible y generalizado en nuestro medio, y que, además, es el término utilizado por la OIT (Boza, 2004)

Ahora bien, el espectro de la economía informal abarca toda actividad laboral reductible no apegada a una regulación normativa, pero una concepción tan amplia estaría integrada también por actividades ilícitas como la venta de sustancias sujetas a fiscalización; en consecuencia, cabe aclarar que al referirse a economía informal únicamente se hace alusión a las actividades no declaradas que eluden las normas laborales y fiscales, de las cuales se obtienen ingresos económicos.

Boza (2004) define al trabajo informal como

(...) aquella actividad que se presta (por cuenta propia o por cuenta ajena) en pequeñas unidades de producción y que suele enfrentar una serie de dificultades para su realización. Al escaso capital con la que se cuenta se suma la falta de crédito para realizar pequeñas inversiones, la carencia de competencias técnicas (tecnología, capacitación), la falta de materias primas y –en ocasiones- las dificultades de acceso a servicios básicos (abastecimiento de agua y desagüe agua y suministro de energía eléctrica, principalmente). A ello habría que agregar que se trata de actividades caracterizadas por la precariedad y la vulnerabilidad, en la medida que se desarrollan fuera del ámbito de la protección jurídica y social (p. 50).

En cuanto a las características del trabajo informal, la conferencia número 90 de la Organización Internacional de Trabajo determinó que la economía informal tiene las siguientes características:

i) se ubican en zonas urbanas; ii) pertenecen por lo general a productores independientes y trabajadores por cuenta propia; iii) su productividad es reducida al disponer de poco o ningún capital y utilizar técnicas rudimentarias y mano de obra escasamente calificada; iv) el personal empleado es inestable y percibe bajos ingresos e irregulares; v) son unidades no estructuradas, porque no están declaradas ni figuran en las estadísticas oficiales, no están, por tanto, reconocidas ni apoyadas por el Estado, y tienen dificultad en acceder a mercados organizados y a instituciones de crédito (Organización Internacional del Trabajo, 2002).

En consecuencia, los trabajadores informales laboran al margen de las disposiciones jurídicas como regla general; pero aun cuando ejercieren su actividad observando parcialmente la regulación jurídica, resulta inevitable que se los excluya del espectro de aplicación de las garantías mínimas del Derecho Laboral, del régimen de salud ocupacional y la protección de la Seguridad Social.

4.2 Consecuencias en la esfera penal de la situación migratoria de un individuo

Contrario a lo que se podría pensar, la estigmatización del extranjero como delincuente no es un fenómeno propio de países en vías de desarrollo como el Ecuador. Basta con recordar que hace menos de un lustro los candidatos a la presidencia de los Estados Unidos usaban la expresión “extranjero delincuente” en sus discursos al tratar temas de política migratoria. Pero no solo el conservadurismo de Trump adoleció en su tiempo de este pensamiento, pues el expresidente demócrata Barack Obama solía manifestar que su administración perseguía a “criminales, pandilleros, personas que están perjudicando a la comunidad, no detrás de personas que están aquí tratando de encontrar la forma de alimentar a sus familias” (Caldwell, 2016).

Etiquetar a los migrantes como “extranjeros delincuentes” eclipsa las complicadas experiencias que hacen que la gente emigre o los fuertes lazos que desarrollan en el país de acogida. Del mismo modo, la etiqueta “extranjero delincuente” oculta las crisis personales que a menudo llevan a las personas a violar la ley, o el perfil racial que conduce a los arrestos desproporcionados de los inmigrantes (García, 2018, pág. 120).

Esta etiqueta de que el extranjero delinque como regla general no generaría más que un mero reproche social, de no ser por el hecho de que la condición migratoria efectivamente tiene un impacto en los procesos penales, tal como lo indica la doctrina:

Si bien no es posible sostener que existe una relación de causalidad directa en todos los casos y como condición única y determinante, sí existe una mayor complejidad en las solicitudes y otorgamiento de medidas cautelares ambulatorias a personas imputadas extranjeras y migrantes, por cuanto es más difícil acreditar su arraigo, no contando en muchos casos con un domicilio en el país. Hay veces en que a migrantes se les deniega la libertad en casos en que, en condiciones similares, le sería concedida a un/a nacional. Igualmente, se percibe que la judicatura estima que existe un mayor peligro de fuga cuando se trata de personas extranjeras o migrantes, por esa sola circunstancia (Miguel, 2019, pág. 23).

Este estigma respecto a la privación de la libertad de migrantes ciertamente ha llamado la atención de organismos de Derecho Internacional como el Consejo de Europa (2012), quien emitió un documento denominado “Recomendaciones sobre presos extranjeros”, en la cual ha instado a los países miembros a adoptar, entre otras recomendaciones:

- (...) 3. Los presos extranjeros deberán ser tratados con respeto hacia sus derechos humanos, teniendo en cuenta su situación individual y sus necesidades particulares.
4. Los sospechosos y delincuentes extranjeros deberán tener derecho a ser

considerados para el mismo tipo de sanciones y medidas no privativas de libertad que el resto de sospechosos y delincuentes; por lo que no deberán ser excluidos de tal consideración en base a su situación. 5. Los sospechosos y delincuentes extranjeros no deberán ser puestos en prisión preventiva ni deberán ser condenados a penas privativas de libertad en base a su situación, sino que, al igual que el resto de sospechosos y delincuentes, esas medidas solo se adoptarán cuando sean estrictamente necesarias y como medida de último recurso (p. 6).

Dentro de esta línea, la doctrina advierte de la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los extranjeros inmersos en procesos penales, sea de manera directa o indirecta, cuando se señala lo siguiente:

Son numerosos los casos en los que la condición de migrante, aunque sea de manera indirecta, ubica a los sujetos en una condición de vulnerabilidad: la desproporcionada aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva a extranjeros no residentes por no acreditar arraigo en el país o la imposibilidad de las mujeres extranjeras que se encuentran en prisión junto a sus hijos de acceder a la posibilidad del arresto domiciliario por carecer de un domicilio fijo. (...) Recuperando el análisis propuesto por Begala, y a modo de ejemplo, podemos destacar el impedimento de trabajar o de recibir alojamiento para los extranjeros cuya residencia en el país sea irregular (Buratovich, 2014, pág. 15).

En una investigación realizada por Romina Tavernelli (2014), cuando se consultó a representantes del Juzgado de Garantías de Buenos Aires sobre la manera en que afectaba al procedimiento la nacionalidad de origen del procesado, las respuestas obedecieron a tres ámbitos: en primer lugar, en virtud de que por regla general los migrantes carecen de un arraigo, se presume por parte de la administración de justicia que la posibilidad de escapar aumenta considerablemente, lo que insta a que el juzgador decida no beneficiar al individuo con la libertad ambulatoria durante el proceso.

(...) eso puede tener una incidencia sobre todo en el campo del derecho penal importante, porque es el fundamento de la prisión preventiva (...) es la posibilidad de eludir la acción de la justicia. El caso más emblemático es no tener un domicilio constatable, fijo, donde uno pueda llegar; probablemente ese juez tenga más posibilidades para fundamentar una prisión preventiva. (...) A cualquier ciudadano que cometa un delito, que no puede estar exento, de clase media, ese argumento de eludir la justicia no lo va a tener porque tiene su domicilio fijo, puede en algún caso justificar que tiene familia, arraigo, padre, madre, hijos en edad escolar y no se va a escapar

de la acción justicia. Probablemente una persona que viva en una villa de emergencia que hoy está y mañana no, que además si es extranjero es más proclive a entrar en ese argumento de eludir a la acción de la justicia (Secretaría judicial de garantías y derechos de la población vulnerable de Buenos Aires, citado por Tavernelli, 2014, p. 58)

Luego, la investigación resalta un problema institucional que involucra la falta de documentación por parte de las personas migrantes y su impacto directo en sus derechos vinculados a su condición de vida; factor que en muchas ocasiones ni siquiera depende del propio individuo, sino de una deficiencia institucional del país de origen:

El gran inconveniente que hay es para aquellos que no tienen documentación. Hay diferentes tipos de situaciones, unas son: las personas que no tienen documentación actualizada o correctamente emitida por los órganos de nuestro país; y otras, aquellos que vienen y dicen ser... no tienen ninguna forma de demostrar su identidad, sólo lo que dicen. No tienen documentación de origen. Entonces qué pasa, ese tipo de personas comienza un trámite que es diez veces más lento y es mucho más difícil. Porque nunca, por lo general, dicen ser quienes verdaderamente son, porque tienen un problema "x". Entonces lo que hacen es tratar de conseguir una identidad diferente a la que tienen y en función de eso generar una nueva identidad acá, en nuestro país. Es tan difícil de detectar esto, que se hace muy lento el otorgar documentación a esa persona (Ministerio Público de Buenos Aires, citado por Tavernelli, 2014, p. 58).

Finalmente, la investigación ha recogido la apelación a la "cultura" (el uso de las comillas es deliberado, en virtud del criterio reduccionista con el que los entrevistados abordan el tema) como un criterio determinante en el juzgamiento de migrantes cuando se señala:

En el caso de los chinos y coreanos y de los supermercados, muchas veces tenemos la barrera del lenguaje entonces se nos hace difícil notificarlos cuando tienen que venir a declarar porque muchas veces no entienden qué es lo que se les está imputando. Ahí tenemos que acudir a un tercero, un perito traductor que no hay muchos, es un problema. Entonces eso retrasa el proceso judicial porque si la persona a la cual estamos citando no comprende la criminalidad del acto, no se le puede imputar nada entonces eso demora los procedimientos. Creo que la condición migratoria es indiferente, estoy seguro que en la Ciudad se le da el mismo trato y a veces se observa un poco más en detalle el caso de los inmigrantes porque muchas veces son de otras

culturas, hay que explicarles qué es lo que se les está imputando en forma muy detallada, muchas veces se plantea el problema del idioma, muchas veces se plantea que no tienen dónde vivir entonces los procedimientos a veces se hacen un poco más largos (Oficina de Tramitación Común de Buenos Aires, citado por Tavernelli, 2014, p. 59)

En definitiva, esta suerte de “justicia de clase” es un fenómeno que lamentablemente ha permeado la esfera de las charlas familiares y sociales para instituirse en la administración de justicia a manera de un antagonismo preconcebido en las resoluciones de prisión preventiva, especialmente contra extranjeros, lo que ha generado que hasta Octubre de 2021, más del 39% de la población carcelaria en Ecuador esté sometida bajo el régimen de prisión preventiva (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2022)

4.3 La falta de arraigo como motivación judicial para ordenar prisión preventiva

Al momento de consumir material periodístico, sea de manera digital o tan solo al observar la primera plana de los principales diarios del país mientras se transita por las zonas céntricas; no resulta poco común observar titulares con evidentes sesgos enfocados a generar reacciones en la población que inciten a la compra de un ejemplar o a una visita en la plataforma virtual para aumentar las visitas las ganancias. Basta con escribir en un buscador frases como “presos extranjeros en Ecuador” o “cantidad de informales presos en Ecuador” para encontrarnos con notas periodísticas como la publicada por diario “La Hora” en mayo de 2022 cuyo titular manifiesta “Más presos extranjeros que ecuatorianos en Carchi” (Diario La Hora, 2022), o por ejemplo se evidencian notas periodísticas como la realizada al candidato a la alcaldía de Quito Patricio Alarcón, quien para el portal de noticias GK afirmó que “todos están de acuerdo con que la mayor cantidad de delincuencia viene por parte de los migrantes venezolanos” (Alarcón, 2023).

Sin embargo, dentro del cúmulo de material periodístico que relaciona la migración y la situación irregular de un individuo con la delincuencia en base las cifras de privación de libertad, parecería existir una tendencia marcada: en la gran mayoría de ocasiones se omite mencionar, sea intencionalmente o por ignorancia, que muchos de estos privados de libertad se encuentran bajo el régimen de prisión preventiva. Entonces aquí cabe la pregunta: ¿Realmente la prisión preventiva se aplica en igualdad de condiciones a todos los individuos?

Hace poco más de un año, el jurista Patricio Alemán (2021) en su artículo denominado “El abuso de la prisión preventiva en la formulación de cargos en delitos de robo en el segundo semestre del año 2021 en el cantón Cuenca”, analizó 23 audiencias por delito de robo, de las cuales en el 100% de ocasiones se dictó prisión preventiva contra los investigados; consecuentemente, se realizó un análisis para determinar si estos dictámenes cumplían o no con los requisitos formales del art. 534 del COIP. De la investigación analizada resaltan dos puntos: en primer lugar, ha quedado en evidencia que la justificación de arraigo para requerir una medida alternativa a la prisión preventiva es una práctica consolidada entre los juzgadores; muy a pesar de que, como se ha demostrado en acápite anteriores, el arraigo no es una institución jurídica expresamente determinada en el COIP. Por otra parte, en tan

solo 6 de los 23 procesos la parte defensora ha logrado demostrar el arraigo, lo cual evidencia el desafío que supone para los abogados el justificar la figura.

La justificación de arraigo para solicitar otra medida cautelar (pregunta seis), 6 respuestas en sí y 17 no, en los 23 procesos revisados se establece que en 6 procesos los abogados defensores de los procesados justifican arraigo, esto quiere decir que justifican que los procesados van a comparecer al proceso judicial y en el caso de ser sentenciados a cumplir la pena que se les imponga y cancelar la reparación integral a la víctima, esta justificación se la ha realizado de la siguiente manera adjuntado copias certificadas u originales de escrituras de bienes inmuebles, certificados laborales, copias de cedula o partidas de nacimiento de los hijos de los procesados, certificados de matrimonio, copias de matrícula de vehículos, entre otros; pero sin embargo estos al momento de ser considerados por el Juez no son tomados en cuenta o manifiesta que no existe justificación alguna (Alemán, 2021, pág. 111)

En efecto, el sistema judicial presupone para los abogados defensores que luchan contra la aplicación abusiva de la prisión preventiva un reto significativo; no solamente deben convertirse en una suerte de “parapsicólogos” al invocar y configurar una defensa técnica en base a una figura que se la ha calificado de “fantasma” como es el arraigo, sino que además se ha comprobado estadísticamente su ínfimo grado de aceptación judicial en las audiencias de prisión preventiva, especialmente cuando se trata de personas en situación de informalidad.

Si no hay arraigo, es bastante más probable que el sospechoso vaya a prisión preventiva a la espera de juicio, puesto que el juez supone (amparado en la ley y en la experiencia) que sin arraigo sería más fácil que desapareciese la persona inculpada. Para aclararnos: ante un mismo delito, es mucho más probable que ingrese en prisión un sospechoso extranjero que uno autóctono y con lazos familiares en el entorno social en donde se celebrará el juicio. ¿En qué proporción ocurre esta diferencia? Quizá esta diferencia no sea tan abismal como para afirmar que ante un mismo caso el sospechoso sin arraigo siempre será ingresado en prisión preventiva mientras que el sospechoso autóctono y con arraigo nunca ingresará en ella (Conill & González, 2004, pág. 93)

La salvedad que podría asistir a los abogados para evitar el dictamen de prisión preventiva es que la misma es apelable de acuerdo a lo establecido en el 653 numeral 5 del COIP. De esta forma, de encontrarse que existen irregularidades en el auto que dicta la prisión preventiva, contra este se puede plantear el recurso de apelación. Lamentablemente, al ser el arraigo un criterio cuyo fundamento es esencialmente subjetivo, resulta una labor

titánica pues los recursos con que cuenta el investigado y la defensa palidecen frente al aparataje judicial.

(...) muchos jueces dictan prisión preventiva cuando el acusado no presenta arraigo social porque el abogado o los familiares del procesado no tuvieron tiempo de conseguir un documento que justifique dicho arraigo, siendo que en nuestra legislación esta figura no se encuentra establecida, a más de obligar al procesado a justificar una conducta responsable respecto del proceso penal, también resulta ser discriminatoria respecto de quienes no pueden justificar un trabajo, tener hijos en edad escolar o las demás formas empleadas en la práctica, incluso en contra de la presunción de inocencia que lo ampara, esto por la naturaleza jurídica de la misma (Castillo, 2022)

No fue sino hasta finales de 2021, siete años después de la expedición del COIP y dos años después de la reforma al art. 534, cuando la Corte Nacional de Justicia finalmente se pronunció sobre uno de los secretos peor guardados de la práctica penal en Ecuador: la discrecionalidad en la aplicación de la figura de arraigo. En la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador No. 8-20-CN/21, el juez ponente Ramiro Ávila Santamaria, al hablar sobre la sustitución de la prisión preventiva y la importancia de evitar su dictamen en la medida de la posible, menciona lo siguiente:

Un paréntesis con el famoso y popular “arraigo”, que es una práctica procesal generalizada y perversa en el Ecuador. El arraigo no está contemplado en la ley. A alguien se le ocurrió que, si una persona demuestra tener domicilio o trabajo estable, entonces no hay peligro de fuga. Por el contrario, si no tiene domicilio ni trabajo (no tiene arraigo), se presume el peligro de fuga. Si no hay el supuesto arraigo, en la práctica se ha vuelto obligatoria la prisión preventiva. Práctica discriminatoria y, por eso, inconstitucional. Resulta que la gran mayoría de personas pobres, que no tienen domicilio ni trabajo formal, corren el riesgo de ir a la cárcel sin condena. No es justo. La vida es difícil para la gente más excluida. No puede ser que las prácticas procesales la empeoren cuando se las procesa penalmente (Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No 8-20-CN/21, p. 18).

A la par de la sentencia analizada, y con motivo de este llamado de atención respecto al estado de la prisión preventiva en Ecuador, en diciembre de 2021 la Corte Nacional de Justicia emite la Resolución de carácter obligatoria No. 14-2021 que complementa el artículo 534 del COIP y determina los lineamientos para la solicitud y dictamen de la prisión preventiva, cuyos puntos más sobresalientes son los siguientes:

1. La prisión preventiva es una medida cautelar excepcional, es decir, se podrá imponer únicamente en casos donde ninguna otra medida cautelar personal, sea útil y eficaz. Su solicitud y orden deberá ser realizada de conformidad con la naturaleza de cada caso.
2. La solicitud de prisión preventiva deberá ser fundamentada y justificada por parte de Fiscalía, en base al artículo 534 del COIP, quienes expondrán el riesgo procesal y la razón por la que las medidas alternativas no son suficientes para evitarlo.
3. La resolución de prisión preventiva estará motivada con base en el artículo 534 del COIP y contendrá lo siguiente: La justificación de cómo los hechos delictivos se ajustan a un delito de acción penal pública sancionado con pena privativa de libertad, superior a un año. Los elementos aportados por Fiscalía que permitan concluir que la persona procesada es autor o cómplice en el hecho delictivo. La sospecha o indicios de responsabilidad no constituye razón para ordenar prisión preventiva. La motivación de que las medidas cautelares no son suficientes para evitar el riesgo procesal, y que cumple con principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (Corte Nacional de Justicia, Resolución No 14-2021).

Pero lo que más llama la atención de la Resolución es que por primera vez una norma jurídica de aplicación obligatoria del ordenamiento jurídico ecuatoriano se refiere de manera expresa al arraigo, pues uno de los considerandos de la norma citada, al momento de aclarar la disposición del numeral 3 del art. 534 del COIP, elimina el requisito (ciertamente contrario al principio de legalidad) de comprobar el arraigo para evitar el dictamen de prisión preventiva cuando menciona lo siguiente:

Que, de conformidad con el artículo 534.3 del Código Orgánico Integral Penal, podemos interpretar que le corresponde a la Fiscalía acreditar o demostrar la existencia del riesgo procesal, y que las medidas alternativas no son suficientes para aplacar ese peligro, tornándose necesaria la prisión preventiva. En este sentido, es menester aclarar que, al contrario de lo que en ocasiones ha venido ocurriendo en la casuística, la persona procesada no está obligada a justificar el arraigo (Corte Nacional de Justicia, Resolución No 14-2021).

Si bien esta Resolución constituye un avance respecto a contar finalmente con un dispositivo legal que defina y regule al arraigo en el país. Resulta necesario que el COIP sea reformado para instituir la figura jurídica y establecer parámetros de acción que termine de una vez por todas con el imperio de los criterios subjetivos y la casuística al momento de invocar deliberadamente el arraigo y la falta de este para dictar prisión preventiva, no solo para cumplir con el ideal aún lejano de que realmente sea de última ratio, sino para aliviar en la medida de lo posible el hacinamiento carcelario y las vulneraciones a derechos fundamentales inherentes al mismo.

CONCLUSIONES

- La potestad sancionadora es exclusivamente estatal; sin embargo, a medida que se incrementan las atribuciones del Estado para perseguir delitos, también se corre el riesgo de perseguir injustamente a personas inocentes. En consecuencia, la facultad de intervención de estatal debe tener límites para proteger al inocente contra afectaciones excesivas a su libertad.
- Dentro del catálogo de medidas cautelares dispuesto por el art. 522 del COIP, la prisión preventiva se encuentra al final del listado, como si se tratase un mensaje del legislador haciendo alusión a que, por la severidad de su naturaleza, debe aplicarse de última ratio y de manera limitada en virtud de que constituye una suerte de “pena antes de la pena”, privando la libertad de un imputado sin sentencia condenatoria ejecutoriada.
- El denominado populismo penal y las presiones mediáticas desafortunadamente han calado en juzgadores y fiscales, al punto en el que se han implementado figuras jurídicas conexas a la prisión preventiva que si bien no se encuentran expresamente en la legislación, son usadas en la práctica para determinar el fundamento y motivación de la prisión preventiva. Una de estas figuras es el arraigo, figura inexistente en el COIP pero que en muchas ocasiones llega a exigirse como requisito sine qua non para la imposición de medidas no privativas de libertad; sin embargo, su aplicación adolece de un fuerte sesgo dependiendo de la situación domiciliaria, laboral o de vivienda del imputado.
- El arraigo no es sino el establecimiento del imputado en una localidad fija donde se desenvuelve e interactúa con determinada intensidad. El arraigo puede determinarse en virtud del domicilio, arraigo familiar, arraigo laboral, y arraigo en los bienes. Dentro de la práctica jurídica existe la costumbre ampliamente aceptada por parte de los funcionarios que integran la Función Judicial de justificar resoluciones de prisión

preventiva aduciendo que la defensa no justifica “arraigo social”, por lo que inmediatamente se pueden descubrir dos errores: 1. El arraigo no existe como concepto jurídico en el COIP, y 2. Corresponde a Fiscalía, más no a la defensa, justificar que las medidas cautelares no privativas de libertad resultan insuficientes.

- La adopción del arraigo como requisito de procedibilidad insignia para el dictamen de prisión preventiva afecta principalmente a personas en situación de informalidad, quienes se han convertido en chivos expiatorios de esta práctica; pues, ante la imposibilidad de comprobar sus vínculos laborales o domiciliarios por la ausencia de contratos, la privación de su libertad es prácticamente inevitable en caso de una detención.
- La etiqueta del “extranjero delincuente” ha pasado de ser un simple tema de conversaciones casuales para convertirse en una verdadera problemática con consecuencias jurídicas para quienes lo experimentan. Por un lado, al carecer de arraigo en el país, la justicia presume que la posibilidad de escape es mayor. Luego, la falta de documentación y las trabas burocráticas dificultan la defensa del investigado.
- En un estudio realizado en la ciudad de Cuenca respecto a 23 procesos judiciales en que se dictó prisión preventiva, únicamente en 6 casos la defensa pudo demostrar el arraigo del defendido, lo cual significa que apenas en el 26% de los casos se pudo adjuntar eficazmente el material probatorio suficiente para justificar que los procesados comparecerían al proceso.

RECOMENDACIONES

- Reformar el artículo 534 del COIP para delimitar de manera pormenorizada el uso de la prisión preventiva, determinar un campo de acción que impida interpretaciones con excesiva discrecionalidad y que limite su uso, para que se procure de esta forma salvaguardar las garantías constitucionales; y que se establezcan lugares que sirvan específicamente para el cumplimiento de esta medida cautelar
- Crear instalaciones con infraestructura y personal específico para el cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva. De este modo, se busca reducir el hacinamiento carcelario y la consecuente vulneración a los derechos humanos fundamentales que supone esta problemática tanto para sentenciados y procesados.
- Reformar el COIP para incluir de manera expresa la figura del arraigo, y dotarle tanto un concepto normativo y lineamientos de aplicación en materia de tipos de arraigo, prueba del arraigo y el señalamiento expreso de a quién le corresponde la carga probatoria de la figura.
- Como solución inmediata mientras no existan las reformas mencionadas, publicitar adecuadamente las disposiciones de la Resolución 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia, pues no solo amplía de manera detallada los lineamientos para la solicitud y dictamen de prisión preventiva, sino que además menciona expresamente la figura del arraigo y prohíbe de manera categórica la inversión de la carga probatoria con la que el aparataje judicial ha estado empleando la figura del arraigo.

BIBLIOGRAFIA

- Alarcón, P. (20 de Enero de 2023). Patricio Alarcón: “Bloquearé ciertos sitios estratégicos donde se encuentran delincuentes”. (G. Ecuador, Entrevistador)
- Alemán, P. (2021). El abuso de la prisión preventiva en la formulación de cargos en delitos de robo en el segundo semestre del año 2021 en el cantón Cuenca. *Alfa Publicaciones*, 98-115.
- Asamblea Legislativa de Costa Rica. (1996). *Código Procesal Penal de Costa Rica*. San Juan.
- Asamblea Nacional Constituyente. *Constitución de la República del Ecuador*. Montecristi. 2011.
- Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Quito. 2014
- Austro Legal. (28 de Abril de 2019). *Portal Web Austro Legal*. Obtenido de <https://austrolegal.com/articulos-juridicos/arraigo-social-en-materia-penal-ecuador/>
- Boza, G. (2004). *Informalidad y Relaciones Laborales*. Lima.
- Buratovich, P. (Mayo de 2014). Recismo Institucional: prejuicios y discriminación hacia el migrante externo en la actividad judicial. *Unidad Sociológica*, págs. 11-15.
- Caldwell, B. (2016). *Demonization of Criminal Aliens*.
- Castillo, B. (2022). Uso excesivo de la prisión preventiva: una crítica desde Ecuador. *Conciencia Digital*, 168-191.
- Chacón Rojas, O. (2013). *Las medidas cautelares en el Procedimiento Penal Acusatorio*. México D.F.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*.
- Congreso de la Nación Paraguaya. (2012). *Código Procesal Penal de Paraguay*. Asunción.
- Congreso de la República de Colombia. (2004). *Código Procesal Penal de Colombia*. Bogotá.

- Conill, J., & González, V. (2004). *Ética de los Medios*. Barcelona: Gedisa.
- Consejo de Europa. (2012). *Recomendaciones sobre presos extranjeros*. Barcelona.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2021). Sentencia No 8-20-CN/21.
- Corte Nacional de Justicia de Ecuador. (2021). *RESOLUCIÓN No. 14-2021*. Quito.
- Corte Suprema de Justicia de Perú. (2015). Sentencia de Casación 631-2015. Arequipa.
- Defensoría Pública del Ecuador. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito.
- Diario La Hora. (16 de Mayo de 2022). Más presos extranjeros que ecuatorianos en Carchi.
Diario La Hora.
- El Universo. (25 de Mayo de 2022). *Diario El Universo*. Obtenido de
<https://www.eluniverso.com/noticias/economia/desempleo-de-ecuador-llego-a-47-en-abril-del-2022-una-reduccion-no-significativa-reporta-el-inec-nota/>
- Faúndez, H. (1992). *Administración de justicia y derecho internacional de los derechos humanos (El Derecho a un juicio justo)*. Caracas.
- Franco Bazán, N. N. (2015). Conceptualización, Naturaleza y Características de la Prisión Provisional. *Luces y Sombras de los Procedimientos Penales en América Latina*, 231-252.
- Fundación para el Debido Proceso. (2013). *Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada*. Washington: DPFL.
- García, E. (2018). *El arraigo de presos extranjeros*. Madrid.
- Gimeno, V. (1996). *La prisión provisional y el derecho a la libertad*. La Ley.
- González, A. (2019). *La vulneración del derecho a la defensa en el procedimiento directo*. Quito.
- González, G. (1992). *Captura, Aseguramiento y Libertad*. Bogotá: Doctrina y Ley.
- Gudiño, C. (2019). *La Prisión Preventiva en el Delito Flagrante en el Distrito Metropolitano de Quito*. Quito.
- Hassemer, W. (2005). *Crítica al Derecho Penal de Hoy*. Bogotá: Ad Hoc.

- Instituto Nacional de Estadísticas y Censos. (2017). *Reporte de Economía Laboral*. Quito.
- Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Quito: DPE.
- Lamas Puccio, L. (2020). *Prisión Preventiva y Detención Domiciliaria*. Lima: Instituto Pacífico.
- López Ramos, N. (24 de Marzo de 2009). *Portal Comunicación UAM*. Obtenido de <https://www.comunicacionsocial.uam.mx/boletines/indice/mar-24-09c.html>
- Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal*. Córdoba: Editores del Puerto.
- Miguel, C. (2019). *Protocolo de defensa penal para personas migrantes y extranjeras*. Madrid.
- Ministerio de Justicia de Bolivia. (2010). Código de Procedimiento Penal de Bolivia. Sucre.
- Ministerio Público de Chile. (2002). Código de Procedimiento Penal de Chile. Santiago.
- Moricete, B., Hernández, C., & Sabino, J. (2007). *Las Medidas Cautelares y las Sanciones: Ejecución en la Justicial Penal Juvenil*. Santo Domingo: Escuela Nacional de la Judicatura.
- Obando, O. (2018). *Prisión Preventiva: Las tensiones entre la eficacia procesal y presunción de inocencia*. Quito.
- Organización Internacional del Trabajo. (2002). Conferencia Internacional del Trabajo. *Conferencia No 90*. Ginebra.
- Roxin, C. (2001). *Derecho Procesal Penal*. Munich: Beck.
- San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal Lecciones*. INPCCP.
- Sistema de Flagrancias de la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos. (2020). *Causas ingresadas por litigante en flagrancia unidades judiciales del Cantón Quito*. Quito.
- Zavatela, A. (1954). *La prisión preventiva y la libertad provisional*. Buenos Aires: Araya.