



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

TÍTULO DEL TRABAJO

LA EFICACIA DEL ARRESTO DOMICILIARIO COMO UNA MEDIDA ALTERNATIVA A LA PRISIÓN PREVENTIVA Y SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES PENALES DEL CANTÓN CUENCA DURANTE EL PERÍODO 2019-2022.

Autor:

Jessica Odalis Sucuzhañay Quintuña

Director:

Dr. Pablo Galarza Castro

Cuenca – Ecuador

Año

2022 – 2023

DEDICATORIA

El presente trabajo de titulación se lo dedico a mi amado padre Dr. Germán Sucuzhañay, quien ha sido mi inspiración y ejemplo para seguir esta carrera; a mi querida madre Martha Quintuña que a través de sus consejos me ha mantenido firme en la consecución de mi vida académica, a mi hermana Jennifer y mis tíos Pedro y Marcelo Sucuzhañay por todo el apoyo tanto económico como moral para lograr que hoy en día pueda estar aquí presente finalizando la etapa académica más anhelada de mi vida.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los ilustres docentes de la escuela de Derecho de la distinguida Universidad del Azuay, que, a través de todos los años de formación académica, me han guiado, logrando con ello reforzar principios de moral, ética y sabiduría.

Agradezco de manera especial al Dr. Diego Jadán profesor metodológico y sobre todo al Dr. Pablo Galarza director de esta tesis por todo el apoyo y dirección que me brindo para la realización de este trabajo

RESUMEN:

En el presente trabajo de investigación se buscó identificar los motivos por los cuales no se aplica el arresto domiciliario como medida cautelar alternativa a la prisión preventiva como una forma de contrarrestar el hacinamiento carcelario. Para ello el estudio se ayudó de una investigación no experimental con utilización de metodología mixta, es decir fue cualitativa y cuantitativa. Finalmente, el desarrollo fue transversal descriptivo y correlacional, todo a fin de establecer los parámetros que los operadores de justicia utilizan para la aplicación de la prisión preventiva frente al arresto domiciliario; para identificar los requisitos y problemáticas que genera el uso de esta medida y analizar la aplicación práctica de los operadores de justicia de la misma frente a la prisión preventiva. Los resultados que se obtuvieron confirmaron que la aplicación del arresto domiciliario tiene problemas de desarrollo legal, y de orden técnico como personal.

Palabras clave: arresto domiciliario, hacinamiento carcelario, grupos de atención prioritaria, medidas cautelares, prisión preventiva.

ABSTRACT:

In the present investigation, it was sought to identify the reasons why house arrest is not applied as an alternative precautionary measure to pretrial detention to counteract prison overcrowding. To this end, the study was helped by non-experimental research using the mixed methodology, that is, it was qualitative and quantitative. Finally, the development was descriptive and correlational transversal, all in order to establish the parameters that justice operators use for the application of pretrial detention against house arrest; to identify the requirements and problems generated by the use of this measure and analyze the practical application of the justice operators of it against pretrial detention. The results obtained confirmed that the application of house arrest has problems with legal development and technical order as personnel.

Keywords: house arrest, prison overcrowding, priority care groups, precautionary measures, pretrial detention



JESSICA ODALIS SUCUZHAÑAY QUINTUÑA

Jessica.odalis.456@es.uazuay.edu.ec

0961473550

ÌNDICE

Introducción.....	7
CAPÍTULO UNO.....	8
Prisión Preventiva y Arresto domiciliario.....	8
1.1 Regulación Normativa de prisión preventiva en Ecuador.....	8
1.1.1 La prisión preventiva: aspectos doctrinales y su regulación en los instrumentos internacionales de derechos humanos.....	8
1.1.2 La prisión preventiva: breve historia comparada y local frente a la regulación actual en la Constitución.....	11
1.1.3 Regulación de la prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal, la aplicación de los jueces penales.....	14
1.2 Regulación Normativa del arresto domiciliario en Ecuador.....	17
1.2.1 Breve Historia comparada y local del arresto domiciliario, doctrina, principios generales del arresto domiciliario.....	17
1.2.2 Regulación del arresto domiciliario en instrumentos internacionales, Constitución Ecuatoriana y el Código Orgánico Integral Penal.....	20
1.2.3 Aspectos considerados por los administradores de justicia para su aplicación.....	23
1.3 Análisis de la prisión preventiva frente al arresto domiciliario.....	27
1.3.1 Puntos de encuentro entre las figuras propuestas.....	27
CAPÍTULO DOS.....	29
La aplicación del arresto domiciliario.....	29
2.1 Casos en los que procede el arresto domiciliario.....	29
2.1.1 Adultos mayores.....	29
2.1.2 Mujeres embarazadas.....	32

Otra situación de excepción son las mujeres embarazadas, quienes gozan de este privilegio conforme lo prescribe la Constitución ecuatoriana. Precisamente por ser parte de los grupos de atención prioritaria, para quienes se les garantiza derechos exclusivos como la no discriminación, gratuidad de los servicios de salud, la protección prioritaria y cuidado integral de su salud y vida durante el embarazo, parto y posparto. Además, de que es una obligación estatal brindar todas las facilidades para su recuperación (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 43). He ahí la razón de que cuando se trate de medidas cautelares, se debe preferir el arresto domiciliario frente a la prisión preventiva. Esto se debe a que las mujeres en estado de gestación requieren de necesidades especiales para garantizar su propia salud y

sobre todo del nasciturus, pues en el período de gestación existe la necesidad de mantener una alimentación sana y complementaria en vitaminas, suplementos alimenticios, controles permanentes y seguimiento del crecimiento del feto, y eventualmente, ir atendiendo necesidades médicas que presentan las futuras madres por enfermedades sobrevinientes propias del embarazo o del feto. Enfermedades que en determinados casos ponen en riesgo no solo la vida del feto sino de la madre. Así se entiende se busca cumplir con el mandato de protección y cuidado integral de su salud, que dentro de las barreras carcelarias no pueden satisfacerse a cabalidad. 32

Es así, que este derecho se complementa con lo previsto en el art. 51 *ibidem*, al reconocer derechos específicos para las personas privadas de la libertad. Entre ellos, contar con los recursos humanos y materiales necesarios para que garantice su salud integral, entendida como la salud física, psicológica, sexual. Además de que sus necesidades alimenticias especiales sean atendidas plenamente. Y, aún más, recibir un tratamiento preferente y especializado. 32

La norma penal, en consonancia con los mandatos constitucionales, prevé esta excepcionalidad, no así frente a la paternidad de reos, puesto que la privación de la libertad de mujeres en período de gravidez trae mayores efectos negativos en la salud de la embarazada y eventualmente, a los hijos preexistentes. Esto se debe a que aún se mantienen roles de género establecidos en la sociedad ecuatoriana donde el cuidado de los hijos se le delega principalmente a la madre. Y los efectos del encarcelamiento afectan la relación filial, más todavía porque impacta en los aspectos de la vida de los hijos, en su desenvolvimiento escolar y familiar. Esto viene dado por las estigmatizaciones que rodean a los niños cuyos padres se encuentran privados de la libertad. Lo cual repercute directamente en comportamientos antisociales y regresivos; sin embargo, en el caso de los recién nacidos se corre el riesgo de ser separados del grupo familiar y ser puestos al cuidado de instituciones del gobierno o ONG
32

2.1.3 Personas por razones de salud	33
2.1.4 Agentes policiales o penitenciarios.....	35
2.2 Problemas con los requisitos no escritos para la aplicación del arresto domiciliario.	
36	
2.2.1 Condiciones socio económicas.....	36
2.2.2 Motivación de los agentes de Fiscalía.....	37
2.2.3 Deficiencias en la defensa técnica.....	38
2.3 Problemas jurídicos y no jurídicos en la aplicación del arresto domiciliario.	39
39	
2.3.1 Las deficiencias del COIP.....	39
2.3.2 La realidad de los procesados.	42
2.4 Gastos que le representan al estado mantener a una persona en prisión y en arresto domiciliario.	44
44	
Capítulo Tres.	45

Hacinamiento carcelario: prisión preventiva frente al arresto domiciliario.	45
3.1 Los problemas que provocan el hacinamiento carcelario.	45
3.1.1 La infraestructura de los CRS.	47
3.1.2 Otros factores humanos.	49
3.1.3 Datos y características de los privados de libertad en los CRS.	50
3.2 Análisis de tres casos resueltos por el Tribunal Penal de Cuenca: características del reo, motivación de fiscalía, motivación de la defensa del procesado y motivación de los jueces. 53	
3.2.1 Caso 1: Persona con medida cautelar de prisión preventiva.	53
3.2.2 Caso 2: Persona con medida cautelar de arresto domiciliario.	57
3.3. Análisis final de los resultados de los casos de estudio.	59
CONCLUSIONES.	60
RECOMENDACIONES.	62
Anexo 1.	63
Respuesta del CRS Turi.	63

Introducción

En el presente trabajo se analiza las medidas cautelares personales privativas de libertad en materia penal en el Ecuador. Es decir, la prisión preventiva y el arresto domiciliario, medidas cuyo estudio debe realizarse a fin de dar soluciones al problema del hacinamiento carcelario, y bajo el paradigma constitucional con la tutela de los derechos de los reos. Así en el primer capítulo se desarrolla los conceptos generales, historia, doctrina, normativa internacional y normativa interna que regulan estas dos figuras penales. Para al final del capitulado realizar un pequeño recuento de aspectos en común que mantienen las dos medidas cautelares y plantear diferencias que permitan entender el capítulo segundo.

Luego, con el desarrollo del segundo capitulado se realiza un análisis más detallado del arresto domiciliario como medida a aplicar en reemplazo de la prisión preventiva. Es así que se inicia analizando los casos en los cuales tanto la Constitución como la normativa secundaria penal han permitido, y en otros, obligado a la aplicación de esta medida por sobre la prisión preventiva. Como para los casos de adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con situaciones delicadas de salud, agentes penitenciarios o policías. Posterior a ello se desarrolla los problemas que rigen en la actualidad por la ausencias o insuficiencias de su regulación expresa en el Código Integral Penal, sumado a otros factores no legales que tienden a determinar que el fiscal, la defensa y el juzgador motiven su aplicabilidad o no. Para ello incluso se realiza una evaluación somera sobre la calidad en las motivaciones de los actores procesales y juzgadores.

Con lo desarrollado en los primeros capítulos, se desarrolló el tercer capitulado cotejando lo dicho con las estadísticas oficiales y de ONG al respecto. Dada la limitante en el acceso a la información respecto de un sujeto de estudio, CRS Turi, se procedió a analizar dos casos prácticos reales sobre los objetos del trabajo de investigación. Permitiendo en cada situación verificar o no las hipótesis planteadas para este proyecto. Concluido el trabajo se tiene que no existe una motivación suficiente al momento de emitir dictámenes y resoluciones respecto de la procedencia o no de dichas medidas y que el arresto domiciliario sí es factible aplicarlo, incluso para evitar eventuales violaciones a los derechos humanos de los procesados.

CAPÍTULO UNO.

Prisión Preventiva y Arresto domiciliario.

1.1 Regulación Normativa de prisión preventiva en Ecuador.

1.1.1 La prisión preventiva: aspectos doctrinales y su regulación en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Para hablar de la prisión preventiva es necesario partir de la identificación clara de la definición de medidas cautelares. En esa virtud podemos enmarcar las medidas cautelares como aquellos medios legales que tienen como fin garantizar “la intermediación procesal” de la persona procesada penalmente dentro del proceso sancionatorio del estado, pero sobre todo buscan que, en caso de existir una sentencia, esta sea cumplida e impedir la evasión de la sanción estatal a quien ha violado las normas penales y quebrantado la paz en la sociedad. Además, estas medidas buscan la igualdad de las partes y la celeridad procesal en el desarrollo del proceso; protegiendo los intereses del sujeto pasivo del delito como lo describe María Tamayo (2018, p. 2). Cabe indicar que la concepción de medidas cautelares es de reciente data, ya que como se verá en el desarrollo de este capítulo, los códigos penales no las trataban como medidas cautelares sino directamente como “penas” es decir, sanciones.

Por lo tanto, al abordar este tema hay que precisar que la prisión preventiva como medida cautelar encuentra sentido en las teorías penales. Como ejemplo de ello, está la teoría de la imputación objetiva penal, como lo recoge Eduardo Franco (2011, p 231) y Yuri Lopez (2016) que consiste en que el resultado se imputa objetivamente al autor cuando ha realizado un riesgo jurídicamente no permitido. De ahí que las medidas cautelares, en especial la prisión preventiva, permiten identificar aquellos factores que determinaran la responsabilidad de las personas procesadas penalmente y llegar a la plena satisfacción de los fines del proceso penal; como son el restablecimiento del orden público.

De tal manera que, para alcanzar a la certeza del cumplimiento de esos presupuestos y poder arribar al fin del proceso penal surge la prisión preventiva como una garantía de ese cumplimiento. Medida que se enmarca en la tutela cautelar del proceso penal. Así lo redacta Patricia Zapatier (2020) dicha tutela se considera como el conjunto de medidas encaminadas a cumplir el ius puniendi eliminando los peligros procesales (Zapatier, 2020, pp. 36-37). Por lo cual, es imperante que los juzgadores tengan presente

la consecución de tres requisitos: el *fumus commissi delicti*, entendido como la prueba de la hipótesis de la comisión del delito y la participación del acusado; el *periculum libertatis* es decir el peligro que el acusado frustré los fines del proceso penal en caso de quedar en libertad y el hecho que la prisión preventiva es la única salida para garantizar el cumplimiento de los fines procesales penales, como lo señala Diego Dei Vecchi (2013, p. 198).

Empero de lo dicho, existen varias posiciones que seccionan esta medida cautelar como la pena misma, mostrándose retractores de su uso y, por otro lado, quienes defienden su aplicación por cuanto no son pena en sí mismo. Sino que, con ello se permite el cometimiento de los fines del proceso penal y validan su aplicación por encontrarse legalmente permitidas. En tal sentido, se convierte su aplicación en la decisión que pueda tomar cada administrador de justicia dependiendo del caso en concreto y de la subsunción de los requisitos legales. En todo caso, a fin de garantizar que su aplicación sea debidamente justificada al menos debe cumplir con el test de proporcionalidad a fin de tenerlo como de última ratio. Así lo desarrolla Gerson Moscoso (2020).

El test de proporcionalidad, sin duda nace de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. Y al respecto de la prisión preventiva, en sus artículos 7.3 y 8.2 establece que es un derecho humano no ser detenido de manera arbitraria y la presunción de la inocencia mientras no sea declarado legalmente su culpabilidad. De tal manera que se resumen cinco principios frente a la prisión preventiva que son: es una medida excepcional, debe ser proporcional, su aplicación debe ser necesaria a conseguir los fines del proceso, no puede estar determinada por el tipo de delito y no se puede fundar en la gravedad ni en el resultado del delito (Moscoso, 2020, p.4).

Bajo la misma línea de excepcionalidad se encuentra lo previsto en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) en su art. 9.3 expresamente se refiere a la prisión preventiva como no regla general y que su libertad si puede condicionarse a otras garantías que garanticen la comparecencia del procesado al juicio o la ejecución del fallo. En cuanto a las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad cuyo fin es procurar la dignidad de los procesados, señala que la prisión preventiva, en el punto 6, que es una medida cautelar como último recurso. Para ello se previene:

- Procede únicamente la investigación del presunto delito.
- La protección a la sociedad.
- La protección a la víctima.
- El tiempo de la prisión preventiva debe ser estrictamente necesario y justificado.
- Debe ser aplicada con humanidad y respeto a la dignidad del ser humano.
- Y el derecho de apelar de la decisión de la prisión preventiva.

Estas consideraciones sin duda son aplicadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a cuya regulación el estado ecuatoriano está sometido, quien ha tenido ya varios pronunciamientos respecto de la prisión preventiva y su aplicación. Es así que en el caso *Tivi vs Ecuador* (2004), quizá la primera jurisprudencia al respecto, se empieza de desarrollar el contenido del art. 7 de la Convención donde se puntualiza que toda detención debe considerar el aspecto material y formal, es decir que solo caben detenciones autorizadas por la ley y con la observancia propia de cada procedimiento (parr. 98). Por lo que, además, no solo deben ser detenciones legales, sino que deben ser compatibles con los derechos fundamentales; es así que, no pueden ser irrazonables, imprevisibles o desproporcionales.

En ese sentido la CIDH, dentro de la misma jurisprudencia señala “la prisión preventiva es la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática” (par. 106). Lo cual se justifica en tutelar la vida y la integridad personal de los detenidos. Ya que, la inobservancia de ello puede significar el peligro de la verdad judicial, la vida de los procesados y la vigencia de métodos de tortura contra los procesados. Por lo cual la prisión preventiva solo cabe cuando hay una presunción de que el acusado cometió un delito, cuando exista un peligro de fuga, cuando exista el riesgo de la comisión de otros delitos, la necesidad de investigar y la posibilidad de una colusión (Moscoso, 2020, p. 5). Esto sin duda implica que haya una violación al derecho a la libertad que se visualiza en “la severidad irracional de la prisión preventiva, quebrantos del debido proceso y las deficiencias de la sentencia” (*ibidem*, p. 5).

Ineludiblemente, lo dicho también tiene su génesis en la misma Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, (1948). Dentro de dicho instrumento

internacional se proclama en el art. 9 que nadie puede ser detenido arbitrariamente, ni preso o desterrado; esto, incluye la prisión preventiva la cual debe ser debidamente motivada. De ahí que, para su procedencia deben existir los fundamentos de hecho que determinen la existencia del delito y que este el procesado vinculado a su cometimiento. De la misma manera el fin de la medida debe ser legítimo, necesario y debidamente proporcional compatible con los principios de la Convención Americana de Derechos Humanos. Asimismo, el mandato que ordena la prisión preventiva debe tener una motivación suficiente, por lo cual los indicios no son suficientes para dictar la prisión preventiva sino justificar que se obstaculizará la administración de justicia o el peligro de la no comparecencia del procesado (Moscoso, 2020, p.11).

Bajo estas premisas y principios los administradores de justicia deben aplicar o no la prisión preventiva como medida cautelar dentro de nuestro sistema penal ecuatoriano. Además, claro está, de los previstos en el Código Orgánico Integral Penal.

1.1.2 La prisión preventiva: breve historia comparada y local frente a la regulación actual en la Constitución.

La prisión preventiva no es una aparición repentina en la historia de la humanidad. A nivel mundial tenemos varios antecedentes de su aplicación. Iniciemos por lo regulado en la polis Grecia donde sí se usó la prisión preventiva como medida cautelar para los reos que esperaban el juicio o para quienes estaban en espera de la sentencia. Esto claro se presentó en tres escenarios puntuales: cuando se trataba de acusaciones graves como en la traición o en determinados delitos cometidos por funcionarios, cuando había flagrancia y cuando no se pagaba la fianza, tal como lo recoge José Alonso (2017, p. 23).

Asimismo, en la época romana hubo las primeras bases de lo que hoy aplicamos como parte de la aplicación de la prisión preventiva. Esto como que su aplicación es afín a garantizar la comparecencia del procesado y que se cumpla la sentencia. Para ello, existió la vincula entendida como la prisión preventiva que estuvo presente tanto en los delitos públicos como los privados. En el primer caso podía cumplirse tanto en una prisión privada, en la casa particular o en custodia militar, en cambio en el segundo caso el perjudicado podía mantener en su casa al procesado. Respecto del tiempo de duración de la medida cautelar se tiene registros que oscilan entre un año y seis meses (Alonso, 2017, pp. 28-30). Datos que sin duda se siguen aplicando en nuestro sistema actual penal.

Luego con la llegada del catolicismo se acentuaron las diferencias sociales para la aplicación de prisión preventiva. Pues se hizo distinciones de las clases privilegiadas (nobles e iglesia) de las pobres (siervos) donde la imposición de la prisión preventiva era la regla general. En cambio, para los nacidos vivos o libertos era una probabilidad contemplando delitos cualificados y evitar la fuga del procesado, por lo tanto, los reos solo eran presentados ante los jueces (Alonso, 2017, pp. 35-39).

Ya dentro del ámbito local, en Ecuador la aparición de la prisión preventiva como medida cautelar es de reciente data. Esto a diferencia de los estudios a nivel histórico internacional. Pues desde la vigencia del primer código penal que surgió con el inicio mismo de la república, no existió una regulación expresa de este tipo de medidas cautelares. Mas, por el contrario, se reconoce la prisión como una pena, tal como lo reseña Felipe Rodríguez (2021, p.44). Lo curioso del código de 1837 es que la prisión no era la sanción por excelencia, ya que se la consideró directamente como una pena represiva (lo que hoy sería solo una medida), solo fue una de las cuatro opciones que presentó la ley penal de la época. Luego, con el Código penal de 1871 encontramos que no hubo mayores cambios en la concepción de la prisión únicamente como pena y no como medida cautelar. Empero, con la particularidad que la prisión de los reos se combinó con trabajo; esto implicó que los reos durante su sentencia debían trabajar y la mitad de sus ganancias se entregaban a su salida de la cárcel. Además, se debe resaltar que este código hizo una diferenciación con las mujeres embarazadas a quienes se les permitía solo ser notificadas de su sentencia luego de su parto (Rodríguez, 2021, pp. 57-58).

En los códigos penales posteriores se empiezan a cambiar las aplicaciones de las penas, al respecto vemos que la prisión y reclusión empiezan a tener mayor trascendencia de la que tuvieron en las legislaciones anteriores. Por lo cual en la ley penal de 1906 de elimina la pena de la muerte, se realiza clasificaciones de la pena de prisión, reclusión mayor y menor; y se mantiene el trato preferente para mujeres embarazadas y dementes (Rodríguez, 2021, pp. 60-62). En cambio, en 1938 y 1971 nos encontramos ante una legislación penal donde la privación de la libertad de los reos pasó a ocupar la sanción más grave tanto para los delitos, contravenciones e infracciones. Pero se mantuvo las formas respecto de las mujeres embarazadas y dementes (Rodríguez, 2021, pp. 62-67). Formas que se mantuvieron con ciertos cambios el Código Penal de 1983 donde se habló por primera vez de la prisión preventiva hasta arribar a la Constitución de 1998 y la posterior vigente a la actualidad.

A partir de la vigencia del Código de Procedimiento Penal de 1983, como relata Rommel Haro (2021), se estableció la prisión preventiva con el fin de evitar que los reos se fuguen o para evitar que se estropee el proceso penal. El problema que generó esta norma fue que por parte de los administradores de la justicia se inició su aplicación de manera generalizada y no de manera excepcional. Principalmente porque se encontraba vigente el sistema inquisitivo, el cual se identificaba con un mayor tiempo en la evacuación de los procesos penales. Es decir, eran muy burocráticos y lentos pues todo se basó en el sistema escrito, situación que llevó a grandes expedientes en volumen de fojas. Lo cual, estuvo dado por el monopolio en el ejercicio penal del fiscal quien tenía el total del poder de decisión dentro de las investigaciones. Sobre todo, alcanzaban el valor de prueba todo lo actuado por su parte, convirtiéndose el juez es un mero ratificador de lo actuado por el fiscal y no en su auténtico rol. Por lo tanto, la prisión preventiva y en general las medidas cautelares son dictadas de manera discrecional, sin motivación y por lo tanto eso generó el abuso de esta medida cautelar.

Esto sin duda, provocó que en la Constitución de 1998 se regulara el tiempo máximo de duración de la prisión preventiva en seis meses para los delitos tipificados con prisión y hasta de un año para aquellos donde se sancionaría con reclusión. Pese a esta limitación temporal dada, para el año 2003 surge del seno del legislativo ecuatoriano la llamada “detención en firme” que se dictaba para que los reos sigan detenidos luego de llegada la caducidad de la prisión preventiva. Figura que posteriormente fue declarada inconstitucional (Haro, 2021, p. 162), por obvias razones.

Dentro de la Constitución de 2008, hubo una evolución en la concepción de la prisión preventiva al señalar que el tiempo de duración es de 6 meses para la prisión y un año para reclusión y además prevé que se suspende ipso iure (art. 77.9). Asimismo, se proclama que la privación de la libertad es una excepción y para ser declarada debe cumplir requisitos que justifiquen su mandamiento. Más todavía, cuando existen otras medidas alternativas para el cumplimiento de los fines procesales (Constitución del Ecuador, art. 77.1, 2008). Sin duda estos principios fueron contemplados en la redacción del actual Código Integral Penal, donde se desarrollan pero que aún en la práctica no están siendo aplicados. Retomando la idea inicial, lo previsto en la Constitución del 2008 guarda total armonía con los principios que se plasmaron en toda su redacción y que tienen como fin garantizar que todas las personas, aún las investigadas penalmente, gocen de derechos elementales connaturales a la dignidad humana. Esto se relaciona con “la

prevención y el control de la violencia y el delito, a través de cierta estructura institucional implementada prioritariamente por los estados” (Haro, 2021, p.163). Lo cual se aplica por intermedio de las políticas públicas.

1.1.3 Regulación de la prisión preventiva en el Código Orgánico Integral Penal, la aplicación de los jueces penales.

La vigencia del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP) data de 2014 y recoge los principios constitucionales de 2008. Dentro del código se regula la prisión preventiva como una medida cautelar cuyo fin es asegurar la presencia de la persona procesada (art. 522). Para ello, el juez puede dictarla solamente ante la petición debidamente fundamentada del fiscal. Los requisitos que operan para que se dicte la prisión preventiva son:

- “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.” (COIP, art. 534, 2014).

Además de ello, el juez debe evaluar si el reo anteriormente haya o no incumplido una medida alternativa para poder formar su criterio y declarar con o sin lugar la procedencia de la prisión preventiva. Sin duda, su declaratoria debe hacerse en audiencia pública, oral y contradictoria de manera motivada (COIP, art. 540, 2014). Ante la declaratoria de la procedencia de la medida, ésta puede ser suspendida en caso de que el procesado rinda caución, la cual puede ser con bienes o dinero propio o de un garante.

Excepto cuando las víctimas sean niños, niñas y adolescentes, personas con discapacidad o adultas mayores, cuando la pena máxima sea mayor a 5 años, cuando el proceso provoque la ejecución de la caución, en los delitos contra la vida, secuestro, violencia contra la familia y mujer, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, asimismo no se aceptará fianza cuando el procesado anteriormente haya sido sancionado por atentar contra el mismo bien jurídico protegido (COIP, art. 543-544, 2014).

La prisión preventiva puede ser revocada. Para que ello ocurra deben concurrir distintas circunstancias como cuando ya no hay los indicios o elementos de convicción que motivaron su petición. Cuando el procesado ha sido sobreseído o ratificado su estado de inocencia. De la misma manera, cuando ha operado la caducidad de la medida; en este caso, no se puede volver a dictar la prisión preventiva. Y finalmente, la declaratoria de nulidad que afecte esta medida (COIP, art. 535, 2014). Ahora, pese a que persistan los motivos para el mantenimiento de la medida, esto no impide que pueda sustituirse por las demás medidas cautelares contempladas en el COIP, excepto en cuando el delito sea sancionado con más de cinco años de prisión o sea un caso de reincidencia. En caso que se incumplan las medidas sustitutivas inmediatamente el juez la revoca y ordena que el procesado cumpla con la prisión preventiva (COIP, art. 536, 2014).

Dada la excepcionalidad de la prisión preventiva, se han determinado casos en los que no se puede dictar prisión preventiva y son: 1. Cuando son delitos de ejercicio privado de la acción; 2. En las contravenciones y, 3. Cuando los delitos son sancionados con penas de privación de libertad de hasta un año (COIP, art. 539, 2014). En adición, como ya se mencionó, la prisión preventiva está sujeta a caducidad. Dicha caducidad se rige por las siguientes reglas:

- “1. No podrá exceder de seis meses, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad de hasta cinco años.
2. No podrá exceder de un año, en los delitos sancionados con una pena privativa de libertad mayor a cinco años.
3. El plazo para que opere la caducidad se contará a partir de la fecha en que se hizo efectiva la orden de prisión preventiva. Dictada la sentencia, se interrumpirán estos plazos.
4. Para efectos de este Código, de conformidad con la Constitución, se entenderán como delitos de reclusión todos aquellos sancionados con pena

privativa de libertad por más de cinco años y como delitos de prisión, los restantes.

5. La orden de prisión preventiva caducará y quedará sin efecto si se exceden los plazos señalados, por lo que la o el juzgador ordenará la inmediata libertad de la persona procesada y comunicará de este particular al Consejo de la Judicatura.

6. Si por cualquier medio, la persona procesada evade, retarda, evita o impide su juzgamiento mediante actos orientados a provocar su caducidad, esto es, por causas no imputables a la administración de justicia, la orden de prisión preventiva se mantendrá vigente y se suspenderá de pleno derecho el decurso del plazo de la prisión preventiva.

7. Si la dilación produce la caducidad por acciones u omisiones de jueces, fiscales, defensores públicos o privados, peritos o personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina y ciencias forenses, se considerará que incurren en falta gravísima y deberán ser sancionados conforme las normas legales correspondientes.

8. Para la determinación de dicho plazo tampoco se computará el tiempo que transcurra entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de las sentencias sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando estas sean negadas.

9. La o el juzgador en el mismo acto que declare la caducidad de la prisión preventiva, de considerarlo necesario para garantizar la inmediación de la persona procesada con el proceso, podrá disponer la medida cautelar de presentarse periódicamente ante la o el juzgador o la prohibición de ausentarse del país o ambas medidas. Además, podrá disponer el uso del dispositivo de vigilancia electrónica.

10. La persona procesada no quedará liberada del proceso ni de la pena por haberse hecho efectiva la caducidad de la prisión preventiva, debiendo continuarse con su sustanciación” (COIP, art. 543, 2014).

Entonces la prisión preventiva para el juez se trata de tomar una decisión sobre un análisis del “futuro” de las acciones y decisiones del procesado, como lo describe Mariano La Rosa (2016, p. 1). Es decir, el examen consistirá analizar el pasado para determinar si puede obstaculizar los fines del proceso. En caso de que la conclusión sea afirmativa, del

cumplimiento de los peligros que se buscan evitar solamente demostrados por evidencias concretas, graves y concordantes, harán que el juez se convenza que no podrá administrar justicia. Por ende, obliga al fiscal a justificar las razones para que la decisión del juez sea conforme derecho (La Rosa, 2016, p.1). Al respecto el juez no solo puede decir en base a criterios del interés de la sociedad, sino que el interés del reo en reinserirse debe ser considerado al momento de decidir, alejándose del criterio incluso de los antecedentes penales (La Rosa, 2016, p.2). Por eso, es que la prisión preventiva debe cumplir con los principios establecidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Los cuales son excepcional, fines cautelares, presunción de inocencia, interpretación restrictiva, proporcionalidad, favor libertatis, pro homine, razonabilidad, última ratio, excepcionalidad, alternativas de la prisión de libertad, carga de la prueba, indicios razonables y otros (La Rosa, 2016, pp.4-24).

1.2 Regulación Normativa del arresto domiciliario en Ecuador.

1.2.1 Breve Historia comparada y local del arresto domiciliario, doctrina, principios generales del arresto domiciliario.

La historia a nivel global sobre el arresto domiciliario podemos englobarlo a la par de la historia misma de la prisión preventiva. Ya que, como se revisó, inicialmente hubo formas de privar preventivamente de la libertad a los reos. Y en algunos casos como en Grecia se permitía que el arresto sea en el domicilio de los magistrados o en los domicilios de los reos, siempre que sean personas de una posición social destacable, bajo supervisión de la debida autoridad tal como se explicó en el apartado anterior. En el plano local, encontramos que desde el Código de Procedimiento Penal (CPC) del 2000 el arresto domiciliario se tipificó como una medida cautelar, pero como una medida sustitutiva a la prisión preventiva (CPP, art. 171, 2000).

Como lo señala Ángel Albornoz (s/f) el arresto domiciliario es también una medida cautelar excepcional que de cierta manera se convierte en una forma atenuada de garantizar, en este caso, que el procesado comparezca a juicio. Ya que se convierten en medidas menos lesivas, punitivamente hablando (pp. 4-6). Esto con el fin de garantizar el fiel cumplimiento de derechos humanos de las personas que están siendo investigadas o procesadas y que son generalmente, pertenecientes a grupos de atención prioritaria que

cumplen con las características legales para ser sujetos de aplicación de las medidas alternativas a la prisión preventiva. Esto no quiere decir que exclusivamente el arresto domiciliario sea una medida alternativa a la prisión preventiva, sino que puede ser dictada sin necesidad de la preexistencia de la anterior.

Básicamente, esta medida responde a la necesidad de garantizar la comparecencia del procesado al juicio y evitar el entorpecimiento de la administración de la justicia. Pero que, además, busca precautelar el bienestar de ciertos procesados. Sin embargo, al ser una medida cautelar su fin es aislar al investigado de la sociedad limitándolo de ciertos derechos como lo dicen Anna Gubareva, Maria Gadiyatova, Kseniya Kovalenko y Larisa Potapova (2019, p. 7), lo cual no implica un trato inhumano a la luz de la normativa latinoamericana y ecuatoriana ya que obliga a observar los mismos principios aplicables a la prisión preventiva. Esto en tanto que se trata de una medida cautelar, que es privativa del derecho a la libertad de tránsito de los investigados.

Como medida cautelar, al igual de la prisión preventiva, como lo explica José De la Rosa Cortina (2015), es una medida cautelar de naturaleza personal privativa de libertad del procesado y para algunos autores se considera como una especie de medida de protección para la víctima (p. 35). Por lo tanto, el arresto domiciliario deberá cumplir con los principios de necesidad, temporalidad y proporcionalidad. Adicionalmente, para que proceda su declaratoria debe existir el *fumus boni iuris- fumus delicti commssi* y el *periculum in mora*. Es decir, debe existir los indicios delictivos y el peligro de que el proceso pueda desarrollarse con normalidad (*ibidem*). En este sentido, podemos colegir que el arresto domiciliario tendrá características como las demás medidas cautelares de: instrumentalidad, jurisdiccionalidad, provisionalidad, homogeneidad, contradicción, legalidad, autonomía, celeridad, presunción de inocencia, excepcionalidad y proporcionalidad. Las características descritas permiten que los juzgadores puedan sentar sus decisiones en criterios debidamente motivados.

Retomando la idea de los principios que deben regir respecto del arresto domiciliario, debemos iniciar considerando que la excepcionalidad de esta medida viene dada por la vigencia del principio de presunción de inocencia del imputado. Dicho postulado, trae como consecuencia que la libertad provisional del imputado sea la regla mientras se desarrolla el proceso, pues la presunción de inocencia del procesado obliga a minimizar las medidas restrictivas de derechos de los procesados. Esto quiere decir que

el arresto domiciliario debe considerarse del favor libertatis lo cual impera para los juzgadores evaluar esta medida de forma restrictiva y favor de la libertad (De la Rosa Cortina, 2015, p. 62-63).

Otro principio que rige el arresto domiciliario será, sin duda, la subsidiaridad que obliga previo a aplicar esta medida, analizar no solo el cumplimiento de requisitos legales, sino que pueden dictarse otras medidas alternativas para conseguir el mismo fin que se pretende lograr con el arresto domiciliario. Bajo este contexto, surge el otro principio para su aplicación como es la provisionalidad en el tiempo. Este requisito exige que el arresto domiciliario tenga un tiempo estrictamente necesario fijado para su aplicación. Y sobre todo implica que la medida tiene que ser revisada a fin de ser levantada (De la Rosa Cortina, 2015, p. 64-65).

Con lo dicho, aparece el principio de proporcionalidad que debe observarse para dictaminar esta medida. En esta situación, el arresto domiciliario debe darse cuando existe un delito grave y la evaluación del uso de violencia por parte del procesado en la ejecución del delito que se le imputa a fin prever reiteraciones (De la Rosa Cortina, 2015, pp. 66-68). Por lo tanto, la proporcionalidad de esta medida “imponen no solo al Juez sino también al Fiscal ponderar desde un punto de vista subjetivo la repercusión que esta medida pueda tener en el imputado, considerando sus circunstancias, desde un punto de vista objetivo las circunstancias concurrentes en el hecho objeto de las actuaciones y desde un punto de vista teleológico la entidad de la pena que pudiera ser impuesta” (De la Rosa Cortina, 2015, p. 69).

Continuando, el arresto domiciliario también debe observar el principio de legalidad. Por lo cual, cuando se trata del poder punitivo estatal se debe tener presente tres presupuestos: la existencia de una ley, que la ley sea anterior al hecho cometido y que dentro de dicha ley se describa el supuesto de hecho “estrictamente determinado” (De la Rosa Cortina, 2015, p. 70). Bajo la cortina de este principio entendemos que el arresto domiciliario, al igual que en el resto de la normativa penal y procesal penal debe existir certeza y seguridad jurídica. Ello conlleva la idea que la procedencia de esta medida debe sujetarse a las previsiones legales estrictamente tipificadas sin dejarle al juez ser creador de interpretación de normas limitando la aplicación por analogía e interpretación extensiva del derecho. Así bajo de la jurisdiccionalidad únicamente las autoridades judiciales pueden dictarla (De la Rosa Cortina, 2015, p. 73).

Finalmente, el arresto domiciliario debe cumplir con los principios de instrumentalidad y temporalidad los cuales van de la mano con el principio de legalidad y seguridad jurídica del estado. Ya que, el arresto domiciliario debe estar vigente únicamente para conseguir los fines propuestos en la ley. Esto conlleva la idea que culminado el juicio con la respectiva sentencia no tiene sentido la vigencia de la medida cautelar. Asimismo, es necesario que se tipifique el tiempo durante el cual puede estar sometida una persona bajo esta figura provisional. Por lo tanto, a diferencia de la provisionalidad, cambien o no las condiciones que llevaron a que se dicte la medida, llegado el tiempo máximo fijado para la medida, inmediatamente debe ponerse en libertad al procesado (De la Rosa Cortina, 2015, pp. 74-75).

1.2.2 Regulación del arresto domiciliario en instrumentos internacionales, Constitución Ecuatoriana y el Código Orgánico Integral Penal.

El estado ecuatoriano no se encuentra aislado en su normativa penal, lo cual implica que está sometido a compromisos internacionales adquiridos al haber ratificado varios instrumentos internacionales, especialmente aquellos que regulan y mejoran condiciones referentes a los derechos humanos. Por ello, es imperante iniciar por aquel pionero en derechos humanos como lo fue la Declaración Universal de Derechos Humanos. En dicho instrumento se reconoce que todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley (art. 7), para el caso en concreto será el derecho de todo procesado a respetarse su presunción de inocencia. En este sentido se busca que todos los procesados sean tratados contra toda discriminación. Esto no significa que los fiscales, abogados y juzgadores no apliquen criterios como la reincidencia de conductas delictivas para determinar si el procesado debe o no someterse al arresto domiciliario. Asimismo, se busca que, considerando las situaciones especiales, como pertenecer a grupos de atención prioritaria, se adopte esta medida cautelar protegiendo sus derechos humanos.

Por otro lado, se reconoce que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado (DUDH, art. 9, 1948). Esto implica que la declaratoria del arresto domiciliario debe observar el debido proceso para ser considerada válida; lo cual implica que también se observen los principios que le rodean como medida cautelar; principios que se han descrito en líneas anteriores. Es así que el procesado, ante la audiencia donde se declarará

su condición frente a las medidas cautelares tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial (DUDH, art. 10, 1948). En consecuencia, se elevó a norma internacional, el derecho de los procesados a que se presuma su inocencia, al no ser condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delitos y se aplicará la favorabilidad para cada caso en concreto (DUDH, art. 11, 1948).

En la misma línea proteccionista está el PIDCP consagra el derecho de los individuos a la libertad y a la seguridad personal; lo que significa que nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias o ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. Además, a toda persona detenida debe informársele de las razones de la misma. Igualmente tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o deberá ser puesta en libertad. Se proclama que la prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. Esto supone su aplicación en el arresto domiciliario. A consecuencia de ello los privados de su libertad tendrán derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. Para el caso si alguien fue ilegalmente detenida o presa, tiene el derecho efectivo a ser reparado (art. 11).

Luego encontramos el instrumento denominado Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en adelante CPPDP (1988), recoge una serie de principios que deben ser observados y aplicados en el caso del arresto domiciliario. Por lo tanto, toda persona que se encuentre bajo esta medida debe ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano sin ningún tipo de distinción (Principio 1-5). Su arresto debe darse en cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes sin restringir ni menoscabar ningún derecho humano (CPPDP, principio 2-3, 1988). Empero de lo dicho, que no puede haber ninguna distinción existe una excepcionalidad en las medidas que se apliquen y que tiendan a proteger exclusivamente los derechos y la condición especial de la mujer, en particular de las mujeres embarazadas y las madres lactantes, los niños y los jóvenes, las personas de edad, los enfermos o los impedidos, no se considerarán discriminatorias (CPPDP, principio 5, 1988).

Todo lo recogido en este acápite permite vislumbrar que la Constitución recoge aquellas premisas en pro de tutelar los derechos de las personas que son sometidas al arresto domiciliario. Tal como se recoge en su art. 38 que establece una suerte de mandato en el cual el arresto domiciliario debe aplicarse siempre que se dicte la prisión preventiva de los procesados adultos mayores. Pero que también dependiendo del contexto factico y de las circunstancias previstas en el COIP. Para dicho caso, el COIP señala contextos donde debe aplicarse el arresto domiciliario; como una modalidad independiente de las medidas cautelares que prevé el código penal ecuatoriano.

Se dice que el arresto domiciliario es independiente por la forma que se regula en el COIP, al mencionar que el juez puede imponer una o más de las medidas identificadas en el art. 522. Las cuales deben ser aplicadas de forma prioritaria a la privación de la libertad; en ese punto se indica la prohibición de ausentarse del país, la obligación de presentarse periódicamente a la autoridad que se designe, el arresto domiciliario, el dispositivo de vigilancia electrónica, detención y por último la prisión preventiva. Y en el caso de las tres primeras obligatoriamente debe ordenarse el dispositivo de vigilancia electrónica. Aunque este artículo habla del arresto domiciliario de forma independiente, es claro que su aplicación debe sustituir a la prisión preventiva conforme el art. 537. En dicho articulado se indican las situaciones especiales conforme las particularidades de la persona procesada. Como en el caso de las mujeres embarazadas, quienes incluso con una sentencia no pueden ser privadas de la libertad ni ser notificadas con la sentencia sino 90 días posteriores al parto, por lo cual debe permanecer en arresto domiciliario (COIP, art. 624, 2014) y otras situaciones que se ampliarán en el desarrollo de este capítulo, pero que en definitiva son casos especiales donde de primera mano debe dictarse arresto domiciliario y no prisión preventiva por mandato.

Al referirnos a situaciones especiales, identificamos a las personas que pertenecen a los grupos de atención prioritaria, en algunos casos y en otros, a situaciones de seguridad para preservar la integridad de los arrestados. Así se identifica a las mujeres embarazadas, a los adultos mayores, a las personas con enfermedades incurables terminales, discapacidad severa, enfermedad catastrófica, de alta complejidad, rara, o huérfana que impida valerse por sí misma debidamente justificada. O en el segundo caso, cuando el procesado sea miembro activo de la policía nacional, de seguridad penitenciaria; pero para que prospere en este caso el hecho investigado debe tener una relación con una circunstancia suscitada en el cumplimiento de su deber legal. Además, se establece una

salvedad y se trata de los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros de la familia donde el arresto domiciliario no puede cumplirse en el domicilio de la víctima, precisamente para salvaguardar la integridad de la víctima (COIP, art. 537, 2014).

1.2.3 Aspectos considerados por los administradores de justicia para su aplicación.

Dada la excepcionalidad de la privación de libertad de los procesados es necesario, como lo recogen Cristian Riego y Mauricio Duce (2009), que el juzgador debe verificar la finalidad cautelar que persigue la medida a adoptar. Asimismo, debe evaluar los requisitos previstos en la ley para que proceda su declaratoria; y finalmente, debe el juzgador evaluar las probabilidades de cambiar la medida para sustituirla por aquellas no privativas de libertad (pp. 290-291). Pero en todo caso, es necesario que el juez aplique los juicios de tipicidad, de antijuridicidad y de culpabilidad; esto implica que si existe una duda razonable sobre una causa de justificación (De la Rosa Cortina, 2015, p.76) es evidente que no debe optarse por la privación de la libertad, aún en arresto domiciliario.

Sin embargo, cuando es totalmente procedente que se dicte una medida cautelar, más si es privativa de libertad como el arresto domiciliario, es imperativo el análisis de consideración de la pena que eventualmente tendría el procesado en caso de ser sentenciado. Debe señalarse que el COIP mantiene una suerte de laguna respecto de este tema ya que expresamente no señala en que casos, respecto de las penas de los delitos, procede el arresto domiciliario como sí lo hace para la prisión preventiva donde indica que solo cabe esta medida en los delitos sancionados con más de un año de prisión (COIP, art. 534, 2014). Si bien es cierto, este tiempo puede aplicarse al arresto domiciliario, pero únicamente cuando esta sea una medida sustitutiva de la prisión preventiva y sin considerar el tiempo de pena, para los casos excepcionales señalados en el punto anterior.

Pero, en perjuicio de lo dicho cabe indicar algunos aspectos que los administradores de justicia, los abogados y los fiscales pueden motivar para que proceda el arresto domiciliario. Y es precisamente los antecedentes penales del procesado, para evitar que el procesado actúe contra los bienes jurídicos de la víctima, y cuando haya el peligro de reincidencia dada la pertenencia del individuo a una organización criminal o sus actos delincuenciales sean habituales. Al mismo tiempo, se debe analizar el grado de participación, grado de ejecución y circunstancias (De la Rosa Cortina, 2015, pp. 78-79).

De otro lado, también debe ser considerado por quienes piden y declaran el arresto domiciliario la existencia del *fumus delicti comissi*, Concepto que significa el convencimiento que efectivamente el procesado ha participado y tiene responsabilidad en el cometimiento del delito. No obstante, deben ser “indicios racionales de criminalidad reforzados”, es decir indicios sólidos que sean graves, y que sea un punto medio a la certeza de la responsabilidad del procesado (De la Rosa Cortina, 2015, pp.81-82). Sumado a ello deben existir fines legítimos para basar la motivación de dictar el arresto domiciliario, como el *periculum libertatis* o peligro de fuga donde se teme que el procesado no comparecerá al juicio, pero basado en un riesgo fundado, como lo describe César San Martín (2003, p. 166).

El riesgo fundado deviene de la lógica, la sana crítica y la experiencia de los juzgadores, por lo cual ha formado su criterio en base a un “juicio razonable de previsibilidad” (De la Rosa Cortina, 2015, p. 87). Para ello considerar el riesgo de fuga involucra inferir conforme las penas con las que se sancionará el delito, la conducta del procesado (*ibidem*, p.88). Entonces se puede decir que el riesgo de fuga viene dado por la gravedad del delito. Y para lograrlo se puede observar el comportamiento del procesado en su detención, como su colaboración o no, el denominado arraigo social, estabilidad laboral u otros. Unos de los mayores problemas que se presentan con el arraigo social, viene dado por las circunstancias sociales que encierran los procesados. Puesto que entre otras cosas se evaluará:

1. El hecho que la imputada en prisión provisional haya dado recientemente a luz o que vaya a dar próximamente a luz-
2. Ser una madre que convive con hijos de corta edad-
3. No constar que el imputado tenga medios económicos ni vínculos con países extranjeros que puedan hacer pensar razonablemente que intente abandonar el territorio nacional.
4. Estar casado y con hijos.
5. Tener domicilio conocido.
6. Ser dependiente de los padres por tener una edad próxima a los 18 años.
7. Acreditar la titularidad de un negocio.
8. Haber permanecido en libertad provisional cumpliendo escrupulosamente las cargas impuestas.

9. La juventud, unida a la falta de recursos económicos y a la dificultad para resolver situaciones complejas.

10. La avanzada edad del imputado puede reducir, minimizar o descartar el riesgo de fuga.

Se han señalado como riesgo de fuga las siguientes:

1. La falta de arraigo del acusado por tener nacionalidad extranjera. El origen extranjero del imputado es valorado especialmente a efectos de afirmar el riesgo de fuga [...]
2. La falta de arraigo por falta de trabajo, unida a la nacionalidad extranjera.
3. [...] el dictado de una sentencia condenatoria no firme por un delito grave puede constituir un dato suficiente para justificar el riesgo de que el condenado se sustraiga [...]
4. La carencia de documentación [...]
5. Las conexiones en otros países [...]
6. Los medios económicos de que dispone el imputado, especialmente en delitos de naturaleza económica, pueden suponer un mayor peligro de sustracción a la acción de la justicia, intensificándose ésta si estos medios han sido obtenidos presuntamente por el delito que se le imputa.
7. La formalización a través de un escrito de acusación con petición de una pena no susceptible de suspensión es también un elemento a calibrar a la hora de ponderar el riesgo de fuga.
8. Los caracteres del delito, pues ciertos delitos por su naturaleza y al margen de su gravedad pueden servir para presumir un cierto peligro de fuga (así, delitos cometidos por organizaciones criminales, en los que cabe presumir que la organización va a prestar apoyo al miembro para que se ponga fuera del alcance de la Justicia o por bandas armadas).
9. Las adicciones padecidas por el imputado, pues pueden impulsarle a no someterse al proceso para tener más accesibilidad a la obtención de la sustancia a la que es adicto.
10. [...] la elevada cuantía de los fondos públicos distraídos, que ocasionan una evidente trascendencia y alarma públicas para el interés social, indudable, al menos, en el entramado o cuerpo de los Ejércitos, y teniendo en cuenta, por otra, la incertidumbre sobre la disponibilidad actual de la inmensa mayoría de aquellos fondos y el hecho de que tampoco se ha prestado la garantía legal requerida para

su reintegro, lo que provoca, inevitablemente, la sospecha vehemente de que se ocultan, bien dinero puesto a buen recaudo, bien gastos o inversiones..., la elevada cuantía de los caudales distraídos y el no haberse podido acreditar el destino final que aquél ha dado a los mismos..., son circunstancias que objetiva y razonadamente fundamentan las sospechas... de que dicho procesado, de ser puesto en libertad, pudiera sustraerse a la acción procedimental que contra el mismo se sigue mediante ocultación y fuga.

11. La circunstancia de que el imputado tenga doble nacionalidad (De la Rosa Cortina, 2015, pp. 91-95).

Otro criterio que se sostiene para la evaluación de los jueces, es el peligro de destrucción de las pruebas. Este criterio no puede establecerse como un único criterio, ya que precisamente lo que se busca es evitar que la privación de la libertad sea coercitiva para el imputado, generándole daños para coaccionar la investigación. De esta manera el arresto domiciliario debe también asegurar la dignidad del procesado, a la par de evitar atentados contra bienes jurídicos de la víctima. Este último se entiende como una medida de prevención de la integridad de la víctima (De la Rosa Cortina, 2015, pp.101-102), por este motivo y razón es que el COIP expresamente separa el arresto domiciliario del domicilio de las víctimas en casos de violencia contra la mujer y miembros del núcleo familiar.

No hay que olvidar que el arresto domiciliario es una medida alternativa a la prisión preventiva, por lo tanto, su éxito dependerá del trabajo conjunto que pueda realizarse por parte del estado. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (s/f) recomienda, entre otras cosas, que el poder judicial realice evaluaciones periódicas para facilitar el análisis y verificar si con las medidas alternativas a la prisión preventiva, se está garantizando sus objetivos, su funcionamiento y eficacia. Conjuntamente con la aplicación de perspectivas de género y enfoques diferenciados para la supervisión y el monitoreo. Debe generar estadísticas confiables que permitan identificar los obstáculos y buenas prácticas, garantizar la integración comunitaria (p.24).

1.3 Análisis de la prisión preventiva frente al arresto domiciliario.

1.3.1 Puntos de encuentro entre las figuras propuestas.

Como se ha dicho ambas medidas cautelares son excepcionales, por cuanto son privativas de libertad de la persona procesada. Y ambas para ser declaradas deben incluir una motivación debidamente justificada del juzgador. En ese sentido, ambas son de carácter exclusivamente personal en tanto que solamente los procesados se le puede privar de su libertad personal. En consecuencia, si bien ambas privan de la libertad ésta no puede entenderse como una pena, sino que su naturaleza es ser provisionales; para poder cumplir los fines establecidos en la ley. De ahí que su fundamento sea netamente procesal no punitivo. Con este contexto es que ambas medidas pueden ser revocables pues las circunstancias que originaron su declaratoria pueden variar o en ciertos casos, llegado el término de caducidad se elimina la posibilidad de volver a dictarse.

La mínima intervención penal que supone la excepcionalidad de ambas medidas, las vuelve adaptables solo cuando las otras medidas cautelares no garanticen que efectivamente el procesado va a comparecer a juicio. En adición, hay que considerar que los procesos penales buscan determinar responsabilidades, no solucionar problemas sociales como ha resaltado la Corte Nacional de Justicia de Ecuador en la Resolución vinculante 14-2021 (2021, p.2); he ahí la razón que justifica la excepcionalidad de las medidas. Más todavía, la justificación del riesgo de fuga en ambos casos, no es descargo sino se vuelve obligación de fiscalía general del Estado demostrarlo (Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 2021, p7), dado el principio de presunción de inocencia.

1.3.2 Aplicabilidad de las medidas: situación socioeconómica de los procesados.

Al analizar los criterios que los juzgadores deben observar para dictaminar tanto la prisión preventiva cuanto el arresto domiciliario, encontramos factores directamente vinculados a la situación socio económica de los procesados. Principalmente, para considerar el arresto domiciliario, y también la prisión preventiva los jueces piden justificar el arraigo social. Solicitud que si bien no es un requisito legal pero que la práctica lo ha hecho común para fundamentar las decisiones. Y lo curioso, es que se carga su prueba a la defensa del procesado.

Ineludiblemente, existen criterios que predominan en la aplicación de las medidas cautelares, las cuales sí redundan en el contexto socio económico y de otra naturaleza de los procesados. Para el caso ecuatoriano encontramos que el 91% de personas en prisión preventiva son hombres y solo el 9% mujeres. Respecto de la nacionalidad, la gran mayoría son ecuatorianos y con estados civil solteros (el 42% de los presos preventivos). Respecto de información sobre dependientes como niños, no existe dicha información en un 98% ni mucho menos existe información sobre el nivel de educación de los procesados en un 91%. Frente a las ocupaciones en su mayoría tampoco se reporta información, el 64%, y de quienes sí se posee la información encontramos que la mayoría son comerciantes, seguidos de trabajadores independientes, albañiles, jornaleros, empleados privados, estudiantes, chofer profesional, ama de casa, agricultor, empleada doméstica, ebanista y empleado público. En el criterio de antecedentes de juicios penales anteriores, se presenta el mismo problema de falta de información en la mayoría de casos, mientras que la diferencia sí presenta juicios anteriores en números que oscilan entre 1 a 21 procesos. Esto se verifica en la reincidencia donde solo el 37% presenta esta situación. La mayoría de presos preventivos es por los delitos de robo y tráfico de sustancias sujetos a control como lo recoge Stefan Krauth (2018, pp.104-112).

Para poder analizar la aplicación de las medidas en estudio es importante analizar las condiciones sociales y económicas donde se desenvuelven para entender por qué se vuelve un círculo vicioso la aplicación de la prisión preventiva y el beneficio mismo del arresto domiciliario. En consecuencia, resulta prudente traer a colación la idea de Paola de la Rosa Rodríguez (2022) quien manifiesta que los desajustes de la conducta antisocial nacen de varios factores individuales, cultural, social, económico y psicosocial; que son consecuencias de la situación que sufren (p. 243). Entre las causas se encuentran la pobreza, desintegración familiar, estigmatización, condiciones psicológicas y otros que se van adquiriendo fundamentalmente en la época juvenil (*ibidem*, p.244).

Aspectos que son subjetivos son propios al decidir o no la aplicación de las medidas privativas de la libertad. Estos fenómenos no son exclusivos de la realidad ecuatoriana. Por ejemplo, en Colombia los afrodescendientes tienen mayores probabilidades de ser sometidos a prisión preventiva. Igual sucede en República Dominicana quienes tienen enseñanza media y en México quienes portan armas son los más propensos a aplicárseles esta medida tal como exponen Bastos y Riveiro (2020, p.870). Es decir, conforme se funda la idiosincrasia de un pueblo distintos serán los

estereotipos de criminales que se perfilan para ser objetos de privación de libertad provisional. Sin embargo, las realidades sociales son comunes en los países pues la mayoría de personas que se les impone la prisión preventiva son varones, sin terminar la educación formal, la mayoría son trabajadores informales o desempleados, quienes se dedican en mayor grado a la construcción civil y comercio ambulante. Por lo tanto, sus ingresos son variables y hasta un 38% tenía ingresos de hasta un salario básico; sumado a ello existía mayoría de privados de libertad eran negros (Bastos y Riveiro, 2020, pp. 877-878).

Estas descripciones incluso son asumidas por los jueces, de manera inconsciente, como algo común y factores propios del crimen (Bastos y Riveiro, 2020, p. 878).

CAPÍTULO DOS.

La aplicación del arresto domiciliario.

2.1 Casos en los que procede el arresto domiciliario.

Como se ha venido desarrollando el arresto domiciliario es una opción en algunos casos, y en otros, un mandato. Precisamente el mandato se configura como regla general, dentro de la excepcionalidad de la privación de la libertad como medida preventiva; para quienes se encuentren consagrados constitucionalmente como grupos de atención prioritaria denominadas por el constituyente en la norma *normarum* vigente en Ecuador. Lo cual responde a las particularidades físicas, sociales y culturales que rodean el comportamiento de la sociedad frente a las personas consideradas de atención especial. Así tenemos a los adultos mayores, mujeres embarazadas, personas con enfermedades; y adicional a ello la normativa penal incluye en esta excepción a los agentes policiales o penitenciarios e integrantes de cuerpos de seguridad del Estado por la obviedad del peligro de “venganza”.

2.1.1. Adultos mayores.

La población de adultos mayores, como lo prescribe el art. 36 de la Constitución ecuatoriana, tienen el derecho de poseer atención especializada y preferente más en cuanto a ser protegidos contra todo tipo de violencia. Comprendidos dentro de este grupo a quienes se encuentre en el grupo etario comprendido desde los sesenta y cinco años. Por

lo tanto, en la aplicación de políticas públicas, donde se incluyen aquellas en relación de la capacidad punitiva estatal, se deben observar:

1. La garantía de su nutrición, salud, educación y cuidado diario en pro de dar una protección integral a sus derechos.
2. Desarrollar planes que fomenten su autonomía personal y su plena integración social.
3. Protegerlos y atenderlos contra todo tipo de violencia.
4. Creación de regímenes especiales para el cumplimiento de medidas privativas de libertad. En caso de condena a pena privativa de libertad, siempre que no se apliquen otras medidas alternativas, cumplirán su sentencia en centros adecuados para el efecto, y en caso de prisión preventiva se someterán a arresto domiciliario.
5. Protección, cuidado y asistencia especial en caso de sufrir enfermedades degenerativas o crónicas.
6. Adecuada asistencia económica y psicológica que garantice su estabilidad mental y física (Constitución de la República del Ecuador, art. 38, 2008).

En este contexto podemos evidenciar la serie de garantías, derechos y trato diferenciado y preferente que la normativa constitucional consagra a favor de las personas adultas mayores. Puesto que como cualquier ser humano poseen el derecho a la libertad personal como un derecho fundamental, pese a no ser un derecho absoluto; tal como lo relata Claudia Mahler (2022). Esto ya que los estados pueden reservarse la limitación de este derecho en pro de un objetivo legítimo considerando que dicha limitación debe ser necesaria y proporcionada (p.4). Bajo estas premisas puede definirse a la privación de la libertad de las personas adultas mayores como:

“Las personas mayores pueden ser consideradas privadas de su libertad si son confinadas a un espacio determinado o internadas en una institución pública o privada, por diferentes motivos, sin permiso para salir a voluntad, y cuando las medidas adoptadas para restringir su libertad se realizaron sin su consentimiento libre e informado.⁶Estos casos suelen implicar más restricciones que la mera interferencia con la libertad de circulación.⁷Las decisiones de esta naturaleza generalmente se toman por orden o bajo el control de facto de una autoridad judicial, administrativa o de otro tipo”(Mahler, 2022, p.4).

Un claro ejemplo de ello se refleja cuando los adultos mayores han incurrido en el cometimiento de delitos, lo cual importa para los fines punitivos estatales. Por ello, es que la prisión domiciliaria se vuelve idónea para la protección de los derechos de los adultos mayores. Toda vez que busca proteger sus necesidades específicas respecto de su estado de salud, edad y discapacidad (Mahler, 2022, p.5). Es decir, por sus condiciones diferentes y necesidades complejas, el estado debe fomentar el arresto domiciliario. Más todavía si se trata de medidas cautelares o condenas por delitos menores; inclusive se piensa en la aplicación de indultos o amnistías dada la baja reincidencia en personas adultas mayores (*ibidem*, pp. 16-17). Este criterio se fortalece con los datos que reflejan que la población adulta mayor en los centros de privación de libertad responde al 4.59% como se refleja en el Diagnóstico del Sistema Penitenciario en Ecuador (2021, p.27).

Un motivo importante para que se prefiera el arresto domiciliario de los adultos mayores, como lo señala Francisco Maldonado (2019), es principalmente el estado de salud de los procesados como el “padecimiento de patologías de salud mental o basados en la acreditación de complejas afecciones a la salud física de los condenados, cuyo tratamiento o mantención resulta difícil de compatibilizar con las condiciones que supone la vida en prisión” (p. 4). En conclusión, se da por razones humanitarias o vinculados a la dignidad humana. Ya que, bajo esta perspectiva, las medidas cautelares y las penas se alteran en su función general; todo porque este contexto frente a los adultos mayores permite prever que no habrá reiteración delictiva y evita el gasto en la mantención y tratamiento de los adultos en prisión (Maldonado, 2019, pp. 4-6)

Asimismo, se debe considerar que en la vejez naturalmente hay procesos degenerativos de carácter físico y psicológico, lo cual influye en las pérdidas del desempeño social o económico que a la largo determinan la dependencia en su quehacer diario y perdiendo cada vez más la independencia. Por lo tanto, el deterioro físico provoca mayor necesidad de fármacos. Luego en el plano psicológico se ve “merma en las capacidades de dominio y desempeño autónomo” Este contexto si lo trasladamos a la vida en prisión reflejará que sus actividades cotidianas serán de difícil aplicación “con la utilización y distribución de espacios y con las rutinas que son propias del régimen de encierro”. Pues las instituciones no cuentan con diseños para personas con movilidad reducida o discapacidades física, más si dichas condiciones obligan a que el cuidado sea cumplido por una tercera persona (Maldonado, 2019, pp. 20-27).

2.1.2 Mujeres embarazadas.

Otra situación de excepción son las mujeres embarazadas, quienes gozan de este privilegio conforme lo prescribe la Constitución ecuatoriana. Precisamente por ser parte de los grupos de atención prioritaria, para quienes se les garantiza derechos exclusivos como la no discriminación, gratuidad de los servicios de salud, la protección prioritaria y cuidado integral de su salud y vida durante el embarazo, parto y posparto. Además, de que es una obligación estatal brindar todas las facilidades para su recuperación (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 43). He ahí la razón de que cuando se trate de medidas cautelares, se debe preferir el arresto domiciliario frente a la prisión preventiva. Esto se debe a que las mujeres en estado de gestación requieren de necesidades especiales para garantizar su propia salud y sobre todo del nasciturus, pues en el período de gestación existe la necesidad de mantener una alimentación sana y complementaria en vitaminas, suplementos alimenticios, controles permanentes y seguimiento del crecimiento del feto, y eventualmente, ir atendiendo necesidades médicas que presentan las futuras madres por enfermedades sobrevinientes propias del embarazo o del feto. Enfermedades que en determinados casos ponen en riesgo no solo la vida del feto sino de la madre. Así se entiende se busca cumplir con el mandato de protección y cuidado integral de su salud, que dentro de las barreras carcelarias no pueden satisfacerse a cabalidad.

Es así, que este derecho se complementa con lo previsto en el art. 51 *ibidem*, al reconocer derechos específicos para las personas privadas de la libertad. Entre ellos, contar con los recursos humanos y materiales necesarios para que garantice su salud integral, entendida como la salud física, psicológica, sexual. Además de que sus necesidades alimenticias especiales sean atendidas plenamente. Y, aún más, recibir un tratamiento preferente y especializado.

La norma penal, en consonancia con los mandatos constitucionales, prevé esta excepcionalidad, no así frente a la paternidad de reos, puesto que la privación de la libertad de mujeres en período de gravidez trae mayores efectos negativos en la salud de la embarazada y eventualmente, a los hijos preexistentes. Esto se debe a que aún se mantienen roles de género establecidos en la sociedad ecuatoriana donde el cuidado de los hijos se le delega principalmente a la madre. Y los efectos del encarcelamiento afectan la relación filial, más todavía porque impacta en los aspectos de la vida de los hijos, en

su desenvolvimiento escolar y familiar. Esto viene dado por las estigmatizaciones que rodean a los niños cuyos padres se encuentran privados de la libertad. Lo cual repercute directamente en comportamientos antisociales y regresivos; sin embargo, en el caso de los recién nacidos se corre el riesgo de ser separados del grupo familiar y ser puestos al cuidado de instituciones del gobierno o ONG como lo detalla la Defensoría de la Nación (2015, pp. 15-16) en Argentina.

Lo expuesto no es exclusivo de los nacidos, sino que también en los nasciturus; pues el dar a luz en circunstancias de encierro tiene directa influencia en la salud emocional y física de los recién nacidos y en su desarrollo, dado por la ansiedad y el estrés que generan encontrarse privadas de libertad en centros estatales. Ahora, dentro del ámbito social y económico los antecedentes de la persona privada de su libertad reducen las posibilidades de encontrar trabajos formales y plenos, vivienda agudizando así las diferencias sociales y proyectos de vida tanto de la madre como del niño. Además, hay otros problemas a corto plazo como:

“mujer que habite en una vivienda no segura o rentada, por lo general la perderá. Si tiene un trabajo, casi con seguridad lo perderá. Luego, al salir de prisión, tendrá problemas para hallar una vivienda segura. Es común que una madre cuyos hijos han sido colocados en instituciones del gobierno o al cuidado de otra(s) persona(s) no pueda recuperar la custodia de ellos a menos que cuente con una vivienda y medios para mantener a los/as niños/as” (Defensoría de la Nación, 2015, p. 17).

Entonces, optar por el arresto domiciliario sin duda evita o, al menos, minimiza estos efectos negativos y permite empatar el interés social que un delito sea juzgado y sancionado con la protección del encierro de las mujeres embarazadas y la plena vigencia de sus derechos humanos como del nasciturus (Defensoría de la Nación, 2015, p.23). Es así que la Corte Interamericana reconoció que las mujeres embarazadas que se encuentran en prisión son especialmente vulnerables y por ende el estado a fin de cumplir con su obligación internacional de dotarles de protección especial y diferenciada debe aplicar tanto para medidas cautelares cuanto, para el cumplimiento de penas, el arresto domiciliario a fin de satisfacer sus derechos (*ibidem*, pp. 31-32)

2.1.3 Personas por razones de salud

Otro caso de especial protección estatal son las personas que por situaciones de salud, no deban estar en prisión. El cual asimismo, busca la protección de un derecho supremo como es la salud; derecho que ha merecido diversos pronunciamientos no solo a nivel internacional, sino local por intermedio de la Corte Constitucional. Para ejemplificar tenemos la Sentencia 209-15-JH, dentro de la cual se enfatizó que perder la libertad no puede ser entendido como condicionante, mucho menos sinónimo de pérdida de la salud. Por ende, tampoco sería tolerable que en esas circunstancias de encarcelamiento se agregue enfermedad o padecimientos físicos y mentales como consecuencia de su condición (párr. 34-35).

Ampliado este criterio se tiene que el derecho a la salud es poseedor de elementos esenciales e interrelacionados de acuerdo a las condiciones de cada estado, como lo señala el Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales de las Naciones Unidas (2000) conocida como la Observación General 14 referente al máximo derecho al disfrute de la salud. Quienes han indicado la disponibilidad y la accesibilidad son inherentes a este derecho. En el primer caso se refiere a la obligación estatal de tener suficientes establecimientos, servicios de salud públicos, bienes y programas destinadas a atender la salud; lo cual incluye acceso a agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, personal capacitado y bien remunerado y medicamentos esenciales. Por otro lado, la accesibilidad puede entenderse en cuatro dimensiones: la no discriminación que incluye el hecho y derecho por cualquier motivo; la accesibilidad física que engloba el alcance geográfico a las instituciones por todos los sectores de la población; la accesibilidad económica que implica estar al alcance del bolsillo de todos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y culturales de las Naciones Unidas, (2000), pp. 3-4).

Ahora bien, dentro de los centros de privación de libertad lograr la satisfacción de este derecho tiene sus limitaciones ya que, en primera instancia se espera que el acceso a los servicios de salud de los privados de libertad sea dentro, pero existen afectaciones a la salud que necesitan tratamientos especializados, permanentes y continuos que no se brindan dentro de los espacios indicados. Por lo tanto, es evidente que deben ser tratados en los lugares eficaces para el caso (Sentencia 209-15-JH, p.9). Puesto que pese a las coordinaciones que puedan hacerse con el ministerio de salud, el resguardo policial y aún no puedan realizarse con toda la logística, se vuelve una alternativa el dictar medidas alternativas a la privación de libertad; empero previo a su dictamen esta decisión es subsidiaria de haber agotado las dos primeras opciones y además debe ser debidamente

probado por quien desea hacerse acreedor a este beneficio (Sentencia 209-15-JH, parr. 50-51).

2.1.4 Agentes policiales o penitenciarios

Finalmente encontramos como la última excepción para priorizar el arresto domiciliario el caso de los agentes policiales o penitenciarios. Para quienes también opera este beneficio en razón de las situaciones especiales que rigen sobre estas personas. Pues, debido a su trabajo son el blanco idóneo para las retaliaciones por los reos e incluso del grupo social y familiar; por lo tanto, se convierte en un deber estatal garantizar de forma plena su seguridad e integridad. Así, reducir su sometimiento a la prisión preventiva se vuelve necesario para aplicar las medidas alternativas como el arresto domiciliario. Con mayor razón si estas personas pertenecen a grupos vulnerables económica y socialmente, para el caso se debe emplear un enfoque diferenciado, entendido como:

“considerar: — Condiciones de vulnerabilidad particulares. — Factores que pueden incrementar el riesgo a actos de violencia y discriminación en contextos de prisión preventiva. – Raza. – Etnia. – Edad. – Orientación sexual. – Identidad y expresión de género. – Discapacidad. Dicho enfoque implica también tener en cuenta: — La frecuente interseccionalidad de los factores mencionados, que puede acentuar la situación de riesgo de las personas en situación de prisión preventiva” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, s f, p. 50).

Sin embargo, per se, no operaría la aplicación del arresto domiciliario a cualquier agente activo de la policía nacional y de seguridad penitenciaria, sino únicamente cuando estén siendo investigados por un hecho directamente relacionado con una circunstancia que se ha dado en el cumplimiento de su trabajo (COIP, art. 573.4, 2014). Este requisito tiene sentido por cuanto los agentes policiales y guías penitenciarios, por la propia naturaleza de sus funciones, tienen a realizar el uso progresivo de la fuerza para el fiel cumplimiento de su deber, e incluso en legítima defensa de los derechos propios o ajenos. Motivos suficientes para acrecentar sentimientos de venganza por los reos contra los agentes, que los coloca en un peligro eminente de su integridad y vida he ahí el fundamento para la aplicación del arresto domiciliario en este caso.

2.2 Problemas con los requisitos no escritos para la aplicación del arresto domiciliario.

2.2.1 Condiciones socio económicas.

Ahora bien, es imperante tratar aquellas situaciones que, sin ser requisitos taxativos legales para el otorgamiento del arresto domiciliario, son aspectos que directa o indirectamente influyen en el futuro de la persona procesada. Ya que estos aspectos definen su situación y posición dentro de la sociedad donde son juzgados. Por ejemplo, de ellos tenemos que las personas mayores únicamente se considera su edad para establecer un perfil, y dejan de lado su realidad o formas de entender y ver el mundo con el transcurso de la vida. Es decir, se deja de analizar factores sociales, interseccionales y psicológicos. Consideraciones del espectro socioeconómico deficientes junto con los efectos dañinos que implican privar de la libertad a una persona mayor o de la tercera edad termina acelerando el proceso biológico de envejecimiento, como un muestreo de la falta de otros factores para no dictar el arresto domiciliario (Mahler, 2022, p.7).

Al referirnos que existen otros factores, precisamente se hace hincapié a la heterogeneidad de la población. Diferencias que datan de las inequidades estructurales directamente relacionadas con las condiciones socioeconómicas (Mahler, 2022, p.8) hacen que quienes provengan de sectores populares, pobres, carentes de viviendas propias, servicios básicos, acceso a salud, educación, seguridad y otros determinantes; sean quienes tengan más probabilidades de ser privados de su libertad. Pues al no encontrarse con situaciones de obtención formal de empleo, independencia económica, subsistencia y dignidad encuentren alternativas “fáciles” fuera de lo permitido por la ley. Sumado a ello, para el caso de personas de la tercera edad, no tener familiares que se responsabilicen del cuidado dentro del hogar bajo un régimen de arresto domiciliario predomina en la lógica del juzgador para determinar si se concede o no la medida.

Al respecto se debe enfatizar que, para poder hablar de autonomía en las personas, no se puede dejar de lado la libertad y la igualdad. Sobre todo, este último, se vuelve determinante en la calidad de vida de las personas, para quienes hoy por hoy la desigualdad social y de oportunidades condena a muchos a sobrevivir en medio de la pobreza, tal como lo señala Silvina Ribotta (2020). Más aún cuando los derechos sociales, son aquellos en los cuales los estados aún se enfrentan a verdaderos retos para

efectivizarlos para la totalidad de su población (p. 2). De la misma manera, para los juzgadores no puede considerarse un tema aparte de la persona que están juzgando, dado que su contexto de desigualdad no solo lo impulsaron a cometer delitos, sino que esas mismas condiciones de desigualdad lo condenan a no acceder a un beneficio como el arresto domiciliario.

Bajo este contexto, al dictar el arresto domiciliario surge la duda si se debe considerar el significado literal de la medida. Pues, la noción da a entender la propiedad de una vivienda donde el reo se ha establecido con su familia, su desarrollo, su desenvolvimiento social y ha plasmado su plan de vida. He aquí en primer reto, la prueba de dicha propiedad en medio de una realidad socioeconómica donde los reos, mayoritariamente poseen únicamente educación básica, trabajos en subempleo (Krauth, 2018, pp. 106-107) carecen de recursos económicos para demostrar la propiedad de una vivienda muchos menos para adquirirla. Por lo cual, el “fantasma del arraigo social” se manifiesta, en el sentido que existen juzgadores que pese a no existir norma penal expresa que exija su cumplimiento, basan sus decisiones en este concepto de costumbre (Krauth, 2018, p. 75). Se precisa lo anterior, ya que al ser el arresto domiciliario una medida alternativa a la prisión preventiva o como pena, aún existen factores no escritos que se exigen para dictar su favorabilidad basados en el peligro procesal y el peligro de fuga del reo.

2.2.2 Motivación de los agentes de Fiscalía.

Retomando la idea anterior, la prueba de que un reo no debe hacerse acreedor del arresto domiciliario, sin duda, recae sobre la Fiscalía General del Estado. Quienes son los legitimados representantes de la sociedad que está buscando la sanción del reo, por ello basados en el principio de objetividad, libre de prejuicios debe considerar los indicios para acusar, como reseña Wilson Toanga, (2015), o para, como el caso en estudio, privilegiar la aplicación del arresto domiciliario. Esto en consecuencia de ser el responsable del “conocimiento de la verdad de los hechos, el restablecimiento del derecho lesionado, la indemnización, la garantía de no repetición, la satisfacción del derecho violado y la investigación eficaz y eficiente”.

En ese orden de ideas, abogar por la aplicación de prisión preventiva antes que el arresto domiciliario y las otras medidas alternativas es atentatorio para la generalidad de

los reos y deja en entredicho la motivación que debe realizar la fiscalía. Pues considerar que ayuda a la disminución de la violencia o de la criminalidad no es real, esto pues su consecuencia directa recae en el hacinamiento carcelario y, eventualmente, en la violación de derechos humanos, como lo recogido en la Resolución 14-2021 de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador. Para ello, es vital que los fiscales justifiquen la necesidad, idoneidad y proporcionalidad cuando busquen la aplicación de la prisión preventiva, caso contrario; al no ajustarse a estos criterios se debe decantar por la petición de arresto domiciliario, dependiendo del caso en concreto y de los requisitos y excepciones para el caso.

Esta exigencia viene dada pues fiscalía debe fundamentar suficientemente la petición de las medidas para que como consecuencia el juez pueda motivar su decisión con la debida exposición de hechos y aplicación de la norma pertinente. En conclusión, fiscalía debe justificar la convergencia de los requisitos del art. 534 del COIP, más todavía evidenciar el riesgo procesal y la insuficiencia de las medidas alternativas (Resolución 14-2021, art.2, 2021). Pues se considera motivación suficiente que “Fiscalía, demuestre la existencia de todos los requisitos formales de la prisión preventiva, pero, sobre todo que conforme con hechos, justifique que el riesgo procesal existe y que para aplacarlo son insuficientes todas las demás medidas cautelares” (Resolución 14-2021, pp.10-13, 2021).

Ahora bien, la solicitud fundamentada de fiscalía deberá remitirse a lo que exige el art. 5 numeral 13 del COIP, por ende, debe exponer detalladamente los fundamentos (fácticos) de su petición. Y solo si “los hechos expuestos por la Fiscalía son subordinables bajo el supuesto del hecho que, como consecuencia jurídica de la norma, activa la consecuencia” (Krauth, 2018, p. 29). Es decir, procederá la sanción solicitada ya sea en arresto domiciliario, si cumple con las exigencias legales prescritas.

2.2.3 Deficiencias en la defensa técnica.

Esclarecida la obligatoriedad que posee fiscalía en la carga probatoria de solicitar las medidas privativas de libertad, la defensa técnica de los procesados aparece como contradictores a su solicitud. Pero para el caso del arresto domiciliario, deberá asumir el rol de convencer al juzgador que cabe, dependiendo de cada caso, su aplicación. Lo cual viene dado, porque la defensa del procesado es una garantía misma del debido proceso, es más se funda como el pilar fundamental ya que por su intermedio se permite el

cumplimiento de las otras garantías. Más todavía en la defensa penal de una persona quien corre el riesgo de perder uno de los derechos más preponderantes como lo es la libertad personal. Así su inviolabilidad es determinante como lo dice María Rodríguez (2018, pp. 36-37) para los procesados, pudiendo pedir incluso al juzgador el rechazo de solicitudes de fiscalía por falta de la debida motivación (Krauth, 2018, p.29).

Como se ha indicado en apartados anteriores, generalmente los procesados penales poseen orígenes de desigualdades económicas que les coloca en situaciones de desventaja para pagar una defensa particular, ante lo cual el estado asume la obligación de dotarle de un defensor público. Aunque parezca irónico, si el estado, representado por fiscalía se encuentra acusando, cómo puede garantizar la defensa del procesado; situación solucionada por el propio ordenamiento interno al dotarle a la defensoría pública de la autonomía necesaria para que pueda ejercer libremente sus funciones de “asesorar según su mejor juicio profesional y en atención a los intereses del imputado” tal como lo indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador (2015, par. 163).

Es así que la defensa técnica de los procesados debe ser responsables al momento de asistirles legalmente, pese a las dificultades del fuero interno que pueda afrontar cada defensor. Para ello, es obligación del estado garantizar una defensa técnica adecuada por medio de un proceso riguroso de selección, control y constante capacitaciones. Por lo cual, la defensa técnica de todo procesado y más en aquellos procesos donde se discuta la posibilidad de limitar el derecho a la libertad ambulatoria de los procesados. Debe cumplir con un mínimo de estándares como: 1. Realizar actividad probatoria a su favor. 2. Argumentar activamente en favor de sus intereses. 3. Poseer conocimientos técnicos jurídicos del proceso penal. 4. Interponer los recursos necesarios en favor de los derechos del imputado. 5. Fundamentar debidamente los recursos que se interponen. 6. No abandonar la defensa (Ruano Torres y otros vs. El Salvador ,2015, parr.235-240).

2.3 Problemas jurídicos y no jurídicos en la aplicación del arresto domiciliario.

2.3.1 Las deficiencias del COIP.

Luego de haber abordado algunas circunstancias que motivan o impiden que los jueces dicten el arresto domiciliario, es necesario revisar lo contemplado en el COIP. Pues para ello se puede comenzar indicando que la normativa al respecto no es mandataria en todos los casos. Ya que como hemos revisado el art. 537 del COIP mantiene un verbo de permisibilidad más no de obligatoriedad para los juzgadores, esto al indicar lo siguiente “la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario [...]”. Por lo tanto, deja abierta la posibilidad de los juzgadores y fiscales a decidir según su arbitrio. Con la única salvedad expresa contenida en el mismo artículo que prescribe la prohibición de dictar arresto domiciliario en el domicilio que se encuentra la víctima para los casos de violencia intrafamiliar y para los delitos contra la integridad sexual y reproductiva.

Esta última posibilidad encarna otro problema más, y es que gracias a la prohibición aclaratoria que realiza el COIP, deja implícito que el arresto domiciliario no debería entenderse de manera restrictiva a la vivienda del procesado. Entonces, esta situación permitiría que se aplica esta medida en otras viviendas o domicilios, empero sería inviable su aplicación por cuanto no existe norma expresa y prescrita que determine cuales deberían ser los requisitos a cumplirse para que un lugar se considere como aplicable en los casos donde se faculta la aplicación del arresto domiciliario. Por ejemplo, en un hipotético dado una madre de familia que se encuentre en estado de gestación no podría hacerse beneficiaria de esta medida en el caso de estar siendo procesada por un delito de violencia intrafamiliar, con todo en cuanto se ha manifestado al respecto. Por ello, encontramos hasta aquí dos problemas con la aplicación del arresto domiciliario, la primera que no es obligatorio que se aplique en las excepcionalidades que señala el art. 537 y, por otro lado, que del texto se infiere que el arresto domiciliario no es exclusivo de la vivienda del procesado, la falta de requisitos escritos impide su aplicación a otros inmuebles.

Otro problema que se acarrea en la aplicación del arresto domiciliario es el tiempo de duración de la misma. Ya que, de la lectura de los aspectos directamente vinculados a esta medida, en ninguna parte se manifiesta en cuanto tiempo opera la caducidad de esta medida. Esto en comparación de la prisión preventiva donde la norma es clara y expresa, y pese a que exista la posibilidad de considerar la aplicación análoga, hay que enfatizar que al tratarse de derecho penal por principio la interpretación extensiva está proscrita, en virtud de la preeminencia del principio de la interpretación restrictiva.

En todo caso, es notoria la necesidad de desarrollar de manera más amplia la aplicación de esta medida para lo cual en el contexto regional se han propuesto alternativas que pueden hacer más efectiva la aplicación de esta medida. Entre ellos encontramos, a más de determinar una edad fija para la aplicación como en el caso de los adultos mayores, además de aplicarlos para casos de delitos “menores”, el otorgamiento de amnistías, otorgar libertad condicional, libertad condicional anticipada o compasiva de acuerdo a su edad, tiempo en prisión y salud, monitoreo electrónico (Mahler, 2022, p.17).

En definitiva, poder acceder al arresto domiciliario básicamente se limita en las condiciones de la legislación y la interpretación, fundamentalmente por la indeterminación como la inflexibilidad de términos legales o la exigencia de requisitos no escritos que terminan en detrimento de los derechos humanos de los procesados (Defensoría de la Nación, 2015, p.69). Aplicado al caso ecuatoriano, al igual que otras legislaciones, existe inflexibilidad en la norma, pues el art. 537 COIP al referirse a la aplicabilidad del arresto domiciliario para mujeres embarazadas establece un límite:

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

Lo cual, en definitiva, muestra un apartamiento injustificado de la preeminencia del interés superior de los niños y niñas, es decir la norma es “inflexible al estatuir un tope etario para el arresto domiciliario” (Defensoría de la Nación, 2015, p.70). Ya que, deja de lado otros aspectos que de hecho y realidad de procesadas madres de familia o madres de personas con discapacidad. Esta situación sin duda deja de lado a diversos hechos que pueden viabilizar la aplicación de esta medida. Además, que, desconoce definiciones como las realizadas por la normativa internacional que reconoce como niño a todo menor 18 años y en consecuencia la serie de derechos que los ampara.

Otro obstáculo normativo es la subjetiva valoración de fiscales y jueces para los denominados riesgos procesales que permiten la prisión preventiva. Y es que, el riesgo de fuga y otras percepciones personales influyen al momento de denegar el arresto domiciliario. Principalmente por los llamados “indicios” que señala el COIP, para que las otras medidas, entre ellos el arresto domiciliario, no sean suficientes para garantizar la

comparecencia al juicio. Donde la “gravedad del hecho, el monto de la pena en expectativa, el riesgo de fuga, la extensión del daño causado, los medios empleados para su comisión [...]” (Defensoría de la Nación, 2015, pp. 77-78) son tomados en cuenta para decidir sobre los procesados. Aunque legalmente la norma nada se refiera, esta posibilidad juega contra los procesados pues como se vio anteriormente las condiciones socioeconómicas que los llevan a tomar decisiones equivocadas e incurrir en delitos, son las mismas que le impide acceder al arresto domiciliario. Por ende, concluimos que estos factores, que incluso pueden ser compatibles con interpretaciones estereotipadas en el caso de mujeres, impiden que se dicte el arresto domiciliario.

2.3.2 La realidad de los procesados.

Tal y como se ha anunciado, los factores fácticos de los procesados son principalmente las razones que motivan desfavorablemente en la decisión de dictarles arresto domiciliario. Esta no es una realidad aislada, sino una generalidad en muchas sociedades, como ejemplo de ello encontramos que de “149 de 216 países y territorios imponen la cadena perpetua como la pena más severa” (Mahler, 2022, p.10). Pero el problema más evidente es la falta de recopilación y desglose de la información que todo territorio debería observar respecto de sus privados de libertad. Ya que esto permite mejores estudios de los problemas sociales y el combate desde la raíz de los mismos. Un claro ejemplo es la situación ecuatoriana donde recién en agosto de 2022 se inició con el CENSO carcelario a fin de obtener datos personales, familiares y sociales de la población carcelaria así lo recogen las noticias como lo redactado por EFE (2022) en el diario Primicias.

Bajo este contexto, los problemas de la población encarcelada se presentan con más frecuencia respecto del ejercicio de sus derechos humanos. Ya que no se consideran las heterogeneidades que rodean a las personas incluso en su mismo grupo etario. Ejemplo de ello son las personas adultas mayores “debido a su conocimiento limitado sobre sus derechos y recursos efectivos disponibles y su falta de acceso al sistema legal” (Mahler, 2022, p.11). A más de ello, hay que considerar que los centros carcelarios no están diseñados para personas con necesidades distintas; puesto que su estructura está diseñada para la generalidad de los procesados, que en su mayoría son jóvenes o jóvenes adultos. En este sentido no se considera particularidades de libre movilidad como escaleras, sanitarios, hacinamiento, frío o calor en exceso. Para el caso de personas adultas mayores,

por ejemplo, poseen necesidades como atención geriátrica y paliativa; en cambio, para mujeres embarazadas tampoco se considera la atención ginecológica que se necesita e inclusive para personas transgénero, no poseen actividades recreativas o programas de rehabilitación (Mahler, 2022, p.11).

Ahora bien, como se ha indicado, existen exigencias legales que suponen brechas más grandes entre procesados, como la exigencia de viviendas adecuadas conforme los criterios de los tribunales. Situación que suele favorecer a personas con mejores posiciones económicas, más cuando existe la imposibilidad del grupo familiar para solventar los gastos que provoca una persona detenida (Defensoría de la Nación, 2015, p. 109-122). Este aspecto es importante considerarlo cuando la mayoría que se encuentran en prisión ya tienen una sentencia y la diferencia son únicamente procesados.

Resulta entonces imperante tomar en consideración que esa mayoría posee condiciones sociales desfavorables. Entre ese contexto están quienes solo han cursado la educación básica, seguidos de quienes tienen bachillerato y minoritariamente se encuentran quienes poseen estudios universitarios. Respecto de su etnia, la mayoría es mestiza, seguidos de afrodescendientes e indígenas. Además de las condiciones de discapacidad, enfermedades catastróficas, crónicas, enfermedades graves o contagiosas se encuentran presentes en la población carcelaria del Ecuador. Otro aspecto, es el abandono familiar que sufren algunos privados de la libertad por parte de su familia cuando se encuentran procesados o sentenciados. Aspectos todos que si son observados en su conjunto tienden a demostrar que quienes permanecen sin sentencia o con sentencia en las cárceles del país, pese a tener causales de exclusión siguen estando privados de su libertad por sus propias condiciones socio económicas que impiden hacerse merecedores del arresto domiciliario.

Principalmente, se encuentran los gastos que les representan a sus familias, en caso de tener su apoyo mientras dura el encierro, para la subsistencia de los reos. Así se ha determinado que a las familias les representa un costo entre el 31 y 62% de un salario básico el colaborar para la subsistencia dentro del centro. Los dineros directamente buscan satisfacer las necesidades de alimentación, kits de aseo y comunicación con sus familiares en el exterior. Esto se presenta ya que las comidas que se sirven en los centros penitenciarios pocas veces son suficientes para cada reo, tal como lo reseña El Comercio (2021).

2.4 Gastos que le representan al estado mantener a una persona en prisión y en arresto domiciliario.

Retomando la idea planteada en líneas anteriores, los gastos que representan el coste de la vida de los reos sin duda influyen en su mantenimiento dentro de los centros de privación de libertad y las condiciones de dignidad básicas como seres humanos que deben recibir por parte del estado. Dichas condiciones se refieren entre otras cosas, evitar el hacinamiento en las cárceles, garantizar condiciones de salubridad, garantizar comidas suficientes, espacios de recreación y sistemas de rehabilitación. Sin embargo, vemos la incapacidad del cumplimiento de estas exigencias por parte del sistema estatal, ante lo cual el arresto domiciliario se convierte en una opción viable para el cumplimiento de los derechos humanos de los reos.

Esto es consecuente ante los gastos que pueden representar al estado el mantenimiento de reos en los centros estatales, frente a los gastos que pueden representar tenerlo bajo el arresto domiciliario. Una muestra de ello es el dinero que le representan la erogación de gastos de alimentación, que le significa un promedio de \$2,50 diarios para las tres comidas que requieren los reos (El Comercio, 2021); si consideramos que al 2021 existía un registro de 36.599 de personas privadas de libertad; dando un total diario de \$91.497,50 y mensual de \$2.744.925,00 únicamente para gastos de alimentación y ni siquiera una suficiente para la dignidad humana. Si trasladamos este rubro al arresto domiciliario, entendemos que el estado pagaría \$0 pues se eximiría de su pago ya que lo asumiría el reo o sus familias.

Iniciar las consideraciones económicas del estado por este rubro resulta pertinente toda vez que cerca del 50% de los presupuestos anuales del sistema penitenciario se derivan al pago de la alimentación de los reos. Para dimensionar la magnitud del gasto podemos compararlo con el presupuesto del año 2021 de 108.3 millones de los cuales 56.2 millones se destinó para gastos corrientes como sueldos y alimentación de los reclusos, como lo redacta Leonardo Gómez (2021). Sumado a ello debemos considerar una realidad latente en la actualidad carcelaria dentro de Ecuador es la crisis de las bandas delincuenciales que obligan a sus “cabecillas” a mantenerlos en traslados entre los distintos centros penitenciarios. Esos traslados no son gratuitos ya que también le implican erogaciones económicas para el estado mensuales entre \$100,26 y \$89.993 al

mes. Otro aspecto vital que debe entenderse en los gastos que le generan al estado mantener privados de libertad en sus centros, y son los gastos que eventualmente debe incurrir frente a personas de atención prioritarios, pues para ejemplificar los adultos mayores implican costos más altos para cubrir las necesidades médicas, necesidades para accesibilidad para personas con discapacidad, atención psicológicas y médicas como consecuencias del abuso de sustancias y deficiencias físicas, psicosociales, sensoriales e intelectuales a largo plazo.

Ahora bien, ya dentro de los gastos que le implican al estado para la vigilancia de los reos con arresto domiciliario debe considerarse principalmente la “peligrosidad” del reo, las dimensiones del domicilio donde cumple la medida para poder considerar los gastos. Gastos que se remiten a la tecnología del rastreo (uso del dispositivo de vigilancia electrónico) y la vigilancia por parte de los policías. En la actualidad se encuentran aproximadamente 1093 uniformados cumpliendo esta función. Quienes llegan a cubrir turnos rotativos de 12 horas de vigilancia permanente en madrugadas, noches, mañanas, y tardes. Para ello según la policía destina como mínimo tres uniformados para cada arrestado según Diego Puente (2021).

Capítulo Tres.

Hacinamiento carcelario: prisión preventiva frente al arresto domiciliario.

3.1 Los problemas que provocan el hacinamiento carcelario.

Según las posiciones de organismos internacionales como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2022), el hacinamiento carcelario tiene su génesis en varios problemas estructurales del estado. Principalmente por la falta de una “política criminal” y el abandono de los estados a sus sistemas penitenciarios. Esto dado que los sistemas se enfocan en sancionar las conductas penalmente relevantes, es decir, solo visibilizan la problemática cuando se exteriorizan las conductas criminales y no se enfoca en analizar las causas mismas de dichas conductas, mucho menos en prevenirlas. En definitiva, esa inacción estatal en la prevención de delitos y el control sobre la delincuencia (p.10), es lo que originan los graves problemas del sistema carcelario hoy en Ecuador. Y entre esos problemas precisamente se encuentra el hacinamiento

carcelario, que a todas luces es atentatorio a los derechos humanos de los privados de libertad.

En cierto punto, encontramos que el hacinamiento carcelario va de la mano de la crisis penitenciario que se vive en la actualidad. Esto dado que los principales factores que inciden en la crisis penitenciaria son los mismos que tienden a generar la sobrepoblación de privados de la libertad. Es así que los factores principales que inciden en estos problemas del sistema carcelario son:

“debilitamiento de la institucionalidad del sistema carcelario; aumento de penas y del catálogo de delitos que privilegian el encarcelamiento; la política contra las drogas; uso excesivo de la prisión preventiva; obstáculos legales y administrativos para la concesión de beneficios e indultos; y deplorables condiciones de detención” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 10).

Con la premisa expuesta, podemos encontrar que el uso excesivo de la prisión preventiva tiene una gran incidencia en el aumento desproporcional de la población carcelaria. Pues, al 29 de octubre del año 2021, del total de los privados de libertad más del 39% eran privados bajo el régimen de prisión preventiva. Lo que refleja su aplicación excesiva yendo contra el principio de excepcionalidad de esta medida (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 11). Por lo tanto, encontramos esta situación como uno de los principales problemas del hacinamiento carcelario. Lo cual obliga al estado tomar correctivos para evitar su aplicación de manera generalizada y, por lo tanto, reducir los excesos de privados de libertad en los centros de prisión.

En el Ecuador el hacinamiento carcelario oficialmente reporta una tasa de 21.31%, considerando el número total de ppl frente a la capacidad de alojamiento de los centros carcelarios. Ésta no es una información fidedigna dada la falta de fuentes de datos confiables del mismo estado. Ya que, en base a las visitas y observación de organismos estatales y no estatales (Defensoría del Pueblo, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos OACNUDH), se verifica que en la realidad esas cifras pueden fácilmente variar porque el estado da su información en base al número existente de camas, pero no considerando la capacidad real de alojamiento. Como ejemplo de ello se dice existen centros de rehabilitación que triplicarían su capacidad de alojamiento de reos. Un dato claro de esta situación de hacinamiento carcelario lo encontramos en “CPPL Masculino Los Ríos No. 1, CPL Guayas No. 5, CPL El Oro No.

1, y CPL Santo Domingo No. 1, cuyas tasas de hacinamiento son de 141%, 124.60%, 106.98% y 95.30%, respectivamente” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 50).

Ineludiblemente, la sobrepoblación carcelaria implica un claro ejemplo de violación de derechos humanos, pues conforme lo expone la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ésta puede constituir “en sí misma una forma de trato cruel, inhumano o degradante, violatoria del derecho a la integridad personal y de otros derechos humanos” (2021, p. 50). En este contexto estamos frente a una situación de colapso del sistema penitenciario. Por lo tanto, el estado se vuelve incapaz de ofrecer condiciones seguras para la estancia de los reos ya que genera una “imposibilidad material de ofrecer condiciones dignas a las personas privadas de libertad, no le es dable al Estado seguir ingresando personas a esos espacios, porque al hacerlos las somete deliberadamente en una situación que vulnera sus derechos fundamentales” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 50).

Todos estos problemas vienen dados por el uso excesivo de la prisión preventiva, lo cual obliga al estado no solo a repensar y aplicar una correcta política criminal sino, superar la idea que la seguridad ciudadana se garantiza con el encarcelamiento. Pero, además, se debe identificar los problemas u obstáculos que encuentran los jueces y fiscales para aplicar medidas alternativas a la prisión preventiva y, en el mejor de los casos, generar las soluciones eficaces en tiempo y espacio para superarlos. Esto en virtud que el hacinamiento carcelario entorpece la aplicación de beneficios penitenciarios por la demora en la determinación de audiencias, por las dificultades de dar boletas de excarcelación, la demora en los trámites debido a la gran cantidad de solicitudes y la burocracia centralista. A esto se puede sumarle la pobreza de tecnología y base de datos en plena era tecnológica, falta de un censo carcelario e incluso la ignorancia de las personas en acceder a los beneficios como indultos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, pp. 11-12).

3.1.1 La infraestructura de los CRS.

Sin duda, la sobrepoblación carcelaria es un problema serio en el Ecuador, y sumado a los factores descritos en líneas anteriores, se presentan otros tantos que ahondan el problema y la calidad de vida de los ppl. Dentro de los “otros” problemas encontramos

la deficiente infraestructura de algunos CRS. Pues muchos de los espacios que se utilizan como CRS son impropios para su naturaleza, ya que, fueron construidos para otros fines como vivienda; principalmente en aquellos casos donde se emplazan dentro de casas antiguas o patrimoniales. Por lo tanto, al ser edificaciones no aptas carecen de espacios construidos para fines específicos. De ahí tenemos que no existe separación por categorías de los reos, no existen espacios construidos con las debidas especificaciones para ser destinados a consultorios médicos o de primeros auxilios, comedores o cocinas, falta de provisión de agua potable. Quizá lo más preocupante es que la infraestructura de los centros no contempla la separación de acuerdo a su situación procesal o su grado de peligrosidad como lo describen Otero y Barrera (2021, p.3) y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2021, p.12).

Sin duda, estos problemas de infraestructura, sumado a la insuficiente provisión de personal penitenciario, la falta de perspectiva de género en el tratamiento influye en la falta de programas y actividades que busquen la reinserción social de los ppl. Lo cual se refleja en la reincidencia de los reos en la comisión de delitos (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p.64). Lo cual no sorprende, ya que se establece una suerte de ciclo vicioso pues los reos carecen de formas legales para sobrevivir, lo que, sumado a su pasado judicial, entorpece sus probabilidades de encontrar empleos decentes que le permitan su supervivencia y la de su familia.

Otro de los problemas que se genera en la infraestructura de los CRS son las condiciones sanitarias y de ventilación inadecuadas. Asimismo, existe insuficiente espacio por persona en las distintas celdas y pabellones. Por otro lado, no existe un adecuado manejo del mantenimiento de las instalaciones eléctricas, sanitarias, espacios destinados a las visitas. De la misma manera no existe una buena gestión de desechos que, en algunos casos obliga a que los ppl deban “orinar en botellas”, sumado a la filtración de humedad y paredes inseguras; las cuales facilitan el ingreso de alcohol o drogas. Todos estos problemas de infraestructura carcelaria son importantes y deben ser solucionados ya que, de no ser así, se propende a la propagación de enfermedades infectocontagiosas como SIDA, tuberculosis, COVID y otras (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, pp. 66-70).

Es innegable que el hacinamiento carcelario en el Ecuador, y obviamente en la ciudad de Cuenca está latente, y se ha acentuado. No solo por la violencia carcelaria que

se vivió en fechas anteriores con los amotinamientos de los reos y las muertes violentas vividas en el año 2021 en el CRS de Turi, sino que se acentúan los problemas debido a la falta de recursos económicos que impiden mejorar las condiciones de vida de los reos dentro de las cárceles. Principalmente en cuanto a infraestructura, comida y personal adecuado para atender las necesidades de la población carcelaria. Por este motivo se habla incluso de préstamos internacionales (fondos del BID) a fin que se superen estos problemas, principalmente en los ejes de “i) infraestructura; ii) tecnología; iii) rehabilitación, y iv) personal, capacitación y equipamiento de Agentes de Seguridad Penitenciaria” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 70). Esto con el fin de poder de cierta manera palear las dificultades en el acceso de los derechos sociales, económicos y culturales de los ppl, problemas que no solo son propios del Ecuador o de Cuenca (Otero y Barrera, 2021, p.3).

3.1.2 Otros factores humanos.

Como se mencionó anteriormente, el factor humano también se convierte en problema que influye o es consecuencia del hacinamiento carcelario y su profundización. Ya que la falta de personal de seguridad y de salud, principalmente, no permiten que se garantice los derechos fundamentales de los ppl. Sin embargo, estos no son los únicos problemas que se engloban dentro de este acápite, sino encontramos otros quizá más graves, como la influencia de la corrupción en el personal de las administraciones de los CRS. Un ejemplo de ello, es que se ha verificado que las cárceles no son manejadas ni controladas por el estado, sino por los grandes grupos delincuenciales. Quienes incluso pagaban para la clasificación de las personas privadas de libertad. Otro ejemplo encontramos en el denominado economato, servicio para la provisión y venta de artículos a los ppl (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 11). Sumado a ello encontramos la desidia y poco interés en mantener información real, pormenorizada y clasificada de cada reo a fin de llevar un censo y control sobre los habitantes de la comunidad carcelaria, sin duda provienen de la falta de cualificación del personal administrativo encargado directa o indirectamente del manejo de los CRS. Contexto que no permite mejorar los problemas de los CRS, y peor del hacinamiento carcelario; esto se verifica en el crecimiento en las tasas de la población carcelaria a nivel del país, pues en los últimos 20 años se ha incrementado en un 469.29% (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p. 11).

Asimismo, tenemos los problemas directamente relacionados a los ppl; quienes no tienen un verdadero programa de rehabilitación social y reinserción a la sociedad. Esto genera que la mayoría de la población carcelaria sea reincidente, dado incluso la falta de apoyo y abandono familiar. Encontramos así que la mayoría de ppl únicamente tienen educación básica, son de origen socioeconómico pobre o de pobreza extrema, han consumido drogas desde temprana edad y provienen de contextos con altos niveles de violencia (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2021, p.21). Además, la mayoría se encuentra en prisión preventiva por delitos relacionados al narcotráfico y drogas; lo cual, influye directamente en el hacinamiento carcelario ya que, existe una suerte de disposición tácita en la cual, por regla general, se aplica esta medida incluso por los vacíos legales donde no se facilita la aplicación de las otras medidas alternativas a la prisión preventiva. Bajo estas circunstancias, es claro que el hacinamiento carcelario se vincula a la aplicación generalizada de la prisión preventiva como medida cautelar, lo que empeora por los problemas humanos y de infraestructura que se presentan y hasta la presente fecha no se han solucionado por parte del estado central.

3.1.3 Datos y características de los privados de libertad en los CRS.

Conforme se planteó para este trabajo de investigación, se realizó la solicitud respectiva en el CRS Turi de Cuenca. Sin embargo, la respuesta obtenida del centro prenombrado nos deja entrever, lo ya advertido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; es decir, en Ecuador y específicamente en Cuenca, no existen bases de datos que permitan identificar las características de los privados de libertad. Características que faciliten el estudio y la comprensión de los antecedentes educativos, sociales, socioeconómicos de los privados de libertad y la influencia de estos en cuanto a las decisiones de fiscales y jueces para dictar medidas cautelares en los procesos penales. Por lo menos hasta tener oficialmente los resultados del censo carcelario.

Pese a esta limitación en el estudio, a nivel macro, sí tenemos estudios que permiten esbozar esa realidad. Así encontramos que mayoritariamente las personas privadas de libertad, en cuanto a su instrucción, únicamente poseen estudios de educación general básica (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador, 2021, p.28). En el

Ecuador, conforme la Ley Orgánica de Educación Intercultural (art 42,2011), dicha educación básica comprende desde la educación inicial hasta décimo año (aproximadamente 15 años de edad de los estudiantes). En segundo lugar, se encuentran quienes tienen estudios hasta el bachillerato (sexto curso del colegio o conocido como tercero de bachillerato), seguidos de quienes reportan no tener ningún tipo de educación; lo cual representa el 4,8 % de los ppl. En cuarto lugar, están quienes poseen estudios de tercer nivel o universitarios (2,67%) porcentaje casi a la par del porcentaje que no reporta ninguna información (2,25%). Luego, en menor medida están quienes han cursado centros de alfabetización (1,14%), quienes tienen educación superior no universitaria (0,41%) y casi en igualdad de porcentajes están las personas con estudios de posgrado y estudios universitarios incompletos (0,04%) (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador,2021, p.28).

De la información que se detalla, es latente que quienes se han visto involucrados en procesos penales y se encuentran privados de la libertad no han completado los estudios universitarios y niveles superiores. Con aquello, podemos a priori, comprender lo dicho por organismos internacionales respecto de la relación de estudios, pobreza y delincuencia. Pues, cuanto más estudio posea una persona más probabilidades de alejarse de la pobreza y de la delincuencia.

Ahora frente a la autodefinición étnica de la población carcelaria los porcentajes distan mucho de aquellos del grado de escolaridad. Pues encontramos que el 83,84% es mestiza, el 7,53% son afrodescendientes, el 5,34% no reporta ninguna información, el 1,59% son indígenas, el 1,02% son blancos, y el restante son mulatos, montuvios y asiáticos (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador,2021, p.28). Lo resaltante de ello, es que el tercer lugar del porcentaje total no refleje ninguna información, que el segundo lugar sean afrodescendientes y que los indígenas presentes en los CRS sean muy reducidos. Quizá esto se deba a los principios que la cultura ancestral y la administración de la justicia indígena que propugnan.

Por otro lado, respecto de los delitos, la mayoría de ppl se encuentran por delitos relacionado con las drogas, seguido por los delitos contra la propiedad privada y por aquellos relacionados contra la integridad sexual y reproductiva. Esto tanto en la población femenina y masculina (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador,2021, p.29). Entonces podemos concluir que se dicta la privación de libertad más

por el tema de drogas, situación que corrobora lo señalado con anterioridad. Fenómeno que se ha agravado más en los últimos años, pues se observa que, en los años 2017, 2018, 2019 2020 y 2021 se ha incrementado la población carcelaria, posterior a la reforma legal penal del año 2014. Registrando su mayor población (39.569) en el año 2019, luego con una baja para el año 2020 en plena pandemia COVID 19; volviendo a subir la población para el año 2021 (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador, 2021, p.30). Entonces, podemos vislumbrar que incluso por razones de salud, no ha bajado la población en las cárceles; por ende, vemos que no se estaría cumpliendo los fines de excepcionalidad de la privación de libertad.

Ahora respecto de la edad de los detenidos tenemos que la mayoría de presos se encuentran entre los 18 a 29 años, lo cual representa el 39.3%, seguidos por la población de 30 a 39 años en un 31.18%, el porcentaje menor son quienes están entre los 60 a 64 años con un 1.63% y los adultos mayores en un 4.59% (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador, 2021, p.27). Conforme esta información tenemos que no se está cumpliendo los derechos de las personas adultas mayores, quienes no deberían estar privados de su libertad. Empero, la información no nos permite conocer si de ese porcentaje son personas con sentencia o con medida cautelar. Por lo tanto, no es posible verificar si realmente hay personas adultas mayores con prisión preventiva y su estado procesal.

Finalmente, respecto del hacinamiento carcelario encontramos que existe un porcentaje de 29.29% que presentan un problema de hacinamiento carcelario para junio de 2021 en total de los CRS a nivel nacional. Para el año 2020 el porcentaje fue más o menos relativo al valor del año 2021. La gran diferencia radica respecto de los años de 2019, 2018, 2017 que superan el porcentaje del 32%, siendo el año 2018 donde se registró mayor tasa de hacinamiento, con un global de 36% (Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador, 2021, p.30). Estas cifras no distan de los datos del Servicio Nacional de Atención integral a Personas Adultas privadas de la libertad y a Adolescentes infractores SNAI (2022), cuyos datos al corte de noviembre 2022 muestran que existen algunos CRS donde persiste hacinamiento carcelario, siendo el de Guayas el cual presenta un 121% aproximadamente, frente a la realidad del Azuay donde el porcentaje es 0.

Asimismo, las estadísticas que maneja el SNAI develan un dato preocupante respecto a quienes se encuentran privados de la libertad, pero sin sentencia, es decir con

la medida de prisión preventiva. Pues del total de ppl, 33.046, solo 20.187 tienen sentencia frente a la diferencia de 12.859 que están siendo procesados. Así podemos identificar que hoy hay 38.91% de la población carcelaria que está en prisión preventiva. Pese a que a nivel global el hacinamiento esté en un 12.40%, las estadísticas demuestran que se sigue aplicando de manera generalizada esta medida excepcional.

3.2 Análisis de tres casos resueltos por el Tribunal Penal de Cuenca: características del reo, motivación de fiscalía, motivación de la defensa del procesado y motivación de los jueces.

3.2.1 Caso 1: Persona con medida cautelar de prisión preventiva.

El caso en análisis se trata de un proceso tramitado en la ciudad de Cuenca, bajo el número 01283-2015-03821G. Dicho proceso inició bajo una denuncia presentada por la supuesta víctima por el delito de estafa tipificado en el art. 186 inciso primero del COIP. En el desarrollo del proceso inicialmente se dictó prisión preventiva como medida cautelar, sin embargo, esta fue cambiada con medidas de aseguramiento.

3.2.1.1 Hechos.

La denuncia se presenta contra la señora Blanca Catalina Bermúdez Monsalve por parte del señor Gregory Gonzales, ciudadano estadounidense, por supuestamente haber sido estafado por la denunciada. Los fundamentos del denunciante son que él contrató los servicios de la denunciada para que le ayude con los trámites pertinentes en Ecuador para ingresar al país todas sus pertenencias y enseres domésticos, luego de que él y su esposa decidieron radicarse definitivamente en el país.

Durante ese proceso la denunciada realizó cobros, entre los cuales se encontraba una supuesta factura por gastos que debían cancelarse a una empresa. Empero, al denunciante le llegó la misma factura enviada directamente a su correo por parte de la empresa con un valor diferente e inferior al valor que la denunciada pretendía cobrarle. Por lo cual, al sentirse perjudicado el denunciante procedió legalmente.

En la fase investigativa de fiscalía no se ha contado directamente con la procesada por su no comparecencia, pero en la fase judicial, luego de la declaratoria de una nulidad procesal se llamó a juicio a la denunciada y se le dictó prisión preventiva.

3.2.1.2 Características de la denunciada.

Etnia	Mestiza
Edad	31
Sexo	Femenino
Instrucción	Superior
Estado civil	Divorciada
Ocupación	Estudiante
Nacionalidad	Ecuatoriana
Discapacidad	No
Enfermedades	Esquizofrenia

Fuente: Proceso 01283-2015-03821G

Dentro del proceso estas características no fueron específicamente contempladas al momento de dictar la medida cautelar de prisión preventiva. Sino más bien por parte del juez de la unidad judicial, a petición de fiscalía, se la dictó por la ausencia de la procesada a los llamados de fiscalía, el hecho que “está huida o fugada” por cuanto estaba fuera del país. Es así que en base a lo previsto en los art. 522 y 534 del COIP y el hecho de la no comparecencia de la procesada por estar fuera del país se dictó prisión preventiva. Es decir, se verificó el fin de la prisión preventiva en cuanto se buscó garantizar la “comparecencia de la persona procesada al proceso y el cumplimiento de la pena”; principalmente por la ausencia de la denunciada.

Además, según el criterio judicial fiscalía probó los requisitos indispensables para que proceda el dictamen, es decir se verificó:

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.

Presupuestos legales	Hechos.
Elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito de ejercicio público de la acción	Existió dos facturas, con la misma numeración, mismo emisor sin embargo con distintos valores. De dichas facturas una fue emitida directamente por la empresa que realizaba el cobro a la víctima, y otra presentada por la procesada, de mayor valor, supuestamente otorgada por la empresa y que cobró mediante cheques girados a su nombre. Lo cual indicaría que se encuentran en un delito de estafa conforme el art. 186 inciso 1 del COIP.
Elementos de convicción claros, precisos y justificados de que la o el procesado es autor o cómplice de la infracción	Comunicaciones entre la víctima y la procesada, cheques cobrados por la procesada, factura original y factura adulterada por la procesada. Esto hizo que la víctima pagara valores en base a una factura falsificada, induciéndolo al error lo que provocó que su patrimonio sufra un detrimento y por el contrario, un aumento económico en el de la procesada.
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	La procesada pese a ser buscada para dar con su ubicación y notificaciones, no se la localiza, por lo cual está prófuga. Siendo este el único criterio para dictar su prisión preventiva.
En el caso de ordenar la prisión preventiva, la o el juez obligatoriamente	En el juzgado penal unipersonal no se verifica el cumplimiento de este requisito

motivará su decisión y explicará las razones por las cuales las otras medidas cautelares son insuficientes	pues el criterio predominante es que se encuentra prófuga. Lo cual se sostiene en las audiencias de fecha 30 de noviembre de 2016 y 15 de agosto de 2016.
Que se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad superior a un año.	El delito contemplado en el art. 186 inciso 1 señala la pena de 5 a 7 años de prisión.

Fuente: Proceso 01283-2015-03821G

En virtud que se encontraba una orden de captura y la prisión preventiva de la procesada vigente, ella fue capturada el día 4 de marzo de 2017 en el aeropuerto internacional de Guayaquil cuando ingresaba al país. Sin embargo, ya indicaba al momento de su detención que padecía de esquizofrenia y en el mismo informe médico de ingreso se concluye que debe continuar con su medicación pese a estar detenida. Con estos antecedentes recién en fecha 16 de octubre de 2017, aproximadamente 7 meses después de estar privada de la libertad, se instaló la audiencia para tratar el cambio de la medida cautelar por medida de seguridad dado el estado de salud de la procesada.

Fundamentalmente, el Tribunal de Garantías Penales resolvió otorgar una medida de seguridad conforme el art. 76 del COIP el cual indica:

“El internamiento en un hospital psiquiátrico se aplica a la persona inimputable por trastorno mental. Su finalidad es lograr la superación de su perturbación y la inclusión social. Se impone por las o los juzgadores, previo informe psiquiátrico, psicológico y social, que acredite su necesidad y duración”.

En ese contexto el tribunal penal luego de que se hayan practicado las evaluaciones psiquiátricas, psicológicas y de trabajo social, se determinó que la procesada padecía de esquizofrenia paranoide. Que su estado de salud mental se ha deteriorado por cuanto estar privada de su libertad y la presión mental que ello conlleva han jugado contra su salud significándole un deterioro. Por lo que se dictó su excarcelación, la suspensión de la acción penal y se ordenó su internamiento en el Hospital Psiquiátrico de Guayaquil ordenando que en un mes los profesionales de la salud informen de su condición. Además, se ordenó su traslado con resguardo policial el cual debía mantenerse mientras la ciudadana permanezca ahí. Luego en enero de 2018 los médicos tratantes informan del

alta médica, por lo cual se reinicia nuevamente con el proceso penal, pero en virtud del estado de salud de la procesada se cambia las medidas cautelares de prisión preventiva por el arresto domiciliario a fin de precautar su salud mental.

3.2.2 Caso 2: Persona con medida cautelar de arresto domiciliario.

El siguiente caso de estudio se trata del proceso seguido en la ciudad de Cuenca con el número 01283-2016-01580. Este proceso inició por flagrancia contra un adulto mayor por encontrarse bajo el delito tipificado en el art. 220 numeral 1 liberal b, por el tráfico de sustancias sujetas a fiscalización. En el desarrollo del proceso se dictó arresto domiciliario por cuanto el procesado es una persona de la tercera edad, luego se determinó que necesitaba un cambio por medida de seguridad.

No están disponibles mayores detalles sobre la detención y flagrancia del delito, más desde la calificación a la flagrancia y el inicio de la instrucción fiscal el procesado, a fin de que comparezca a juicio, cumplió arresto domiciliario.

3.2.2.1 Características del procesado.

Etnia	Mestiza
Edad	86
Sexo	Masculino
Instrucción	Desconocida
Estado civil	Viudo
Ocupación	Desconocida
Nacionalidad	Ecuatoriana
Discapacidad	Desconocida
Enfermedades	desconocido

Fuente: Proceso 01283-2016-01580

En el proceso se ha considerado mayor característica para dictar el arresto domiciliario del procesado más que su avanzada edad de 86 años. No se ha verificado que hayan existido informes psicológicos, psiquiátricos o de trabajo social que permitan verificar que el ciudadano tenga alguna discapacidad o condición que lo haga inimputable. Más todavía no existe ningún levantamiento de información sobre demás características del imputado para evaluar alguna otra medida cautelar que no fuese el arresto domiciliario.

Cabe exaltar que, dentro de este proceso extrajudicialmente, se conoció que hay otro proceso penal seguido contra el imputado donde se infiere se han retirado medidas cautelares y se ha ordenado medidas de seguridad. Asimismo, es importante enfatizar sobre los informes varios que ha presentado policía nacional respecto de las novedades del arresto domiciliario. Las cuales se sintetizan en lo siguiente:

Novedades	Descripción
Turnos de vigilancia	La custodia es permanente hacia el ciudadano pues se divide en 3 turnos de 8 horas al día con un agente policial en cada turno que cuide la evasión.
Infraestructura	El domicilio esta perfectamente identificado, sin embargo se dice que no brinda las medidas de seguridad necesarias, posee servicios básicos.
Vulnerabilidades	<p>Ubicación del domicilio: esta ubicado en el sector de tolerancia de la ciudad, donde hay prostíbulos y constantes peleas entre personas ebrias incluso en la vía pública. Asimismo, existe microtráfico de drogas en el sector.</p> <p>El domicilio no presta facilidades para el actuar de los gendarmes pues existe en la parte frontal una cerca metálica que impide ingreso y salida de personas y en la parte posterior y lateral están techos de las casas contiguas que pueden ayudar a que ingresen y salgan personas con facilidad.</p> <p>Dentro de la casa hay gradas y lugares de difícil acceso, lo que pone en peligro la misma integridad del procesado.</p>

Novedades	Por dos ocasiones el procesado a intentado escapar y evadir la medida cautelar que está cumpliendo. La primera vez, solicitando el auxilio de sus vecinos para que pueda salir y la segunda intentando salir por la parte trasera de su domicilio.
-----------	--

Fuente: Proceso 01283-2016-01580

Así tenemos que, de cierta manera lo que nos dilucida el informe policial es que el domicilio para el arresto domiciliario debe tener algunas características de seguridad. Esto permite verificar los retos e impedimentos de ciertos reos, que se advirtió en el capítulo anterior, para que puedan acceder al arresto domiciliario. Y sobre todo que, en algunos casos, es más fácil para unos obtener el arresto domiciliario frente a otros. Sobre todo, el arresto domiciliario sería más factible para quienes han tenido mejores condiciones económicas o sociales que les permita tener domicilios que den seguridad.

3.3. Análisis final de los resultados de los casos de estudio.

Respecto del primer caso, encontramos que inicialmente se dictó prisión preventiva fundamentalmente por cuanto la procesada no se encontraba presente y estaba fuera del país, prófuga. Es decir, únicamente se consideró su riesgo de fuga sin ningún otro factor. Además, no se encontró que el juez unipersonal haya cumplido con su deber de motivación al explicar porque son ineficaces las otras medidas cautelares y se prefirió la prisión preventiva. De cierta manera esta situación fue revertida por el juez pluripersonal al cambiar esa medida por arresto domiciliario en pro de garantizar el estado de salud mental de la procesada. Por ende, encontramos que dictar prisión preventiva tiene efectos negativos en la salud, como el caso en estudio, de personas que no han comparecido al proceso y padecen enfermedades mentales. De ahí la importancia de privilegiar las otras medidas cautelares, como el arresto domiciliario.

En el segundo caso, encontramos que jugó un papel muy importante para que se dicte el arresto domiciliario la edad avanzada del procesado. Pues, no se hizo mayor consideración a otras características del mismo. Asimismo, podemos inferir que sí existen

consideraciones previas y sin manuales técnicos u otros similares que influyen al determinar si una vivienda es o no viable para el cumplimiento del arresto domiciliario. Del mismo modo, se verificó que la vigilancia para quienes están cumpliendo la medida es ininterrumpida y constante, lo que nos lleva a cuestionar el valor de mantener a la persona procesada bajo esta modalidad y las otras alternativas que plantea el COIP, incluido la prisión preventiva.

CONCLUSIONES.

Luego de realizado este trabajo se puede concluir que, no se observa la aplicación de los denominados test de proporcionalidad al momento de dictar tanta prisión preventiva cuanto el arresto domiciliario.

Asimismo, se evidencia que hay limitantes en el trabajo de fiscalía, defensoría pública y para los mismos juzgadores, pues en el ejercicio la carga procesal y los cortos tiempos de flagrancia no permite motivar de manera correcta y por escrito las providencias luego de las respectivas audiencias.

Con los datos publicados tanto por las ONG y la SNAI se verifica, sin un estudio exhaustivo, que existe una aplicación generalizada de la prisión preventiva. Ya que, más del 30% de la población en los CRS no tienen sentencia.

No se verifica que en los autos que dictan prisión preventiva y el arresto domiciliario se observen parámetros y recomendaciones internacionales como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como aplicar los principios de excepcionalidad, fines cautelares, presunción de inocencia, interpretación restrictiva, proporcionalidad, favor libertatis, pro homine, razonabilidad, ultima ratio y otros.

No se verifica parámetros dictados por los jueces donde se deba cumplir el arresto domiciliario, asimismo dentro de la normativa ecuatoriana se verifica que no se aplica el

principio de temporalidad y caducidad del arresto domiciliario. De la misma manera se verifica que en la práctica no es necesario que preexista el dictamen de prisión preventiva para que se cambie al arresto domiciliario, sino que se puede dictar directamente esta medida; como en el caso dos de estudio.

No se observa que fiscalía motive en cuanto a indicios racionales de criminalidad reforzada para solicitar la prisión preventiva o el arresto domiciliario.

En el primer caso práctico de estudio se verificó que existió falta de motivación por parte del juez unipersonal, básicamente se dictó prisión preventiva con el único fin de la comparecencia y el riesgo de fuga. Lo cual, terminó en detrimento de la salud mental de la procesada y que luego fue restituido con la medida de seguridad y el posterior cambio por arresto domiciliario dictado. Es así que encontramos al arresto domiciliario como ideal para garantizar el cumplimiento de la pena y comparecencia al proceso siempre garantizando los derechos fundamentales como la salud e integridad de las personas.

Para el segundo caso se puede concluir que el arresto domiciliario es posible aplicarlo desde el inicio del proceso judicial, sin embargo, se verificó que sí existen condicionantes estructurales que pueden limitar su acceso a determinadas personas.

Finalmente, se concluye que el arresto domiciliario sí se constituye como una medida eficaz para evitar la prisión preventiva, más si comparamos el número de reos sin sentencia, lo valores que debe cancelar el estado por su mantenimiento en prisión y vigilancia. Pero más que nada, permite garantizar de mejor manera los derechos humanos de los procesados, especialmente de quienes se encuentran en los denominados grupos de atención prioritaria.

RECOMENDACIONES.

Se recomienda estudios a profundidad sobre las alternativas a la prisión preventiva cuando se presente como único factor el riesgo de fuga, y no se justifiquen con el test de proporcionalidad la aplicación de la prisión preventiva. Estos estudios pueden ser elaborados por todos los interesados estudiantes, docentes, abogados: pero de manera fundamentalmente fiscalía general del estado, defensoría pública y los operadores de justicia.

De la misma forma se recomienda realizar más estudios sobre indicadores para la motivación respecto del art. 534 COIP, en base a las sentencias y recomendaciones de organismos internacionales en materia de derechos humanos; fundamentalmente en cuanto la aplicación del test de proporcionalidad. Dicho estudio debería ser realizado por Fiscalía General del Estado y por los operadores de justicia, a través de la dependencia pertinente, pues son los organismos dueños de la acción penal y de la administración de justicia respectivamente.

También se recomienda realizar estudios de factibilidad y socioeconómico para viabilizar el arresto domiciliario a fin de garantizar su acceso general.

Se recomienda analizar el cumplimiento del test de proporcionalidad en la aplicación de las medidas objetos de este trabajo.

Asimismo, se recomienda realizar estudios sobre la aplicación de los principios de excepción que ha resaltado la Corte Interamericana de Derechos Humanos para dictar la prisión preventiva aplicado al arresto domiciliario.

Anexo 1.

Respuesta del CRS Turi.

Respuesta a solicitud de base de datos CPL Azuay N:-1

Recibidos



Boris Israel Rodriguez Castillo 12:03



para yo ▾

SALUDOS CORDIALES

Luego hacerle extensivo un cordial saludo y desearle éxitos en sus tan delicadas funciones que de manera acertada viene realizando en beneficio de la ciudadanía, por medio del presente debo darle a conocer que no contamos con una base de datos con la información solicitados.

De antemano expresamos nuestra predisposicon para colaborar en lo que se necesite.

REFERENCIAS

Revistas Indexadas.

- Barrera, Y. Y., & Otero, A. E. (2021). Sentimiento libertad: singularidades de una experiencia cooperativa que busca derribar los muros carcelarios. *Revista Reflexiones*, 101(1), 1–18. <https://doi.org/10.15517/rr.v101i1.44230>
- Dei Vecchi, D. (2013). Acerca de la justificación de la prisión preventiva y algunas críticas frecuentes. *Revista de Derecho Valdivia*, 2, 189–217.
- De la Rosa, P. (2022). Hallazgos derivados de los factores que influyen en la reincidencia de los niños y adolescentes en conflicto con la ley . *Intersticios Sociales* , 237–261.
- Franco, E. (2011). Estudio de la Teoría de imputación objetiva en Derecho Penal. *Revista Jurídica Online UEES*, 217–263.
- Gubareva, A. Gadiyatova, M. Kovalenko, K & Potapova, L. (2019). Arresto domiciliario: concepto y esencia. *Dilemas Contemporáneos: Educación, Política y Valores*. <https://doi.org/10.46377/dilemas.v28i1.1671>
- Haro, R. (2021). La prisión preventiva: breve estudio en Argentina y Ecuador, tratamiento en el Sistema Interamericano de derechos humanos. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 4(2), 159–168.
- López, Y. (2016). La imputación Objetiva y sus criterios en el derecho de daños costarricense. *Revista Jurídica*, 119.
- Maldonado Francisco. (2019). Adulto mayor y cárcel : ¿Cuestión humanitaria o cuestión de derechos? *Política Criminal* , 14, 1–46.
- Moscoso Becerra, G. (2021). Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano. *Dikaion*, 29(2), 469–500. <https://doi.org/10.5294/dika.2020.29.2.6>
- Ribotta, S. (2020). Vulnerabilidad y pobreza: sobre el concepto de vulnerabilidad socio-estructural. *Tiempo de Paz*, 36–46.
- Rodriguez, M. (2018). La defensa penal eficaz como garantía del debido proceso en Ecuador. *Revista Universidad y Sociedad*, 10, 33–40.
- San Martín, C. (2003). La privación de la libertad personal en el proceso penal y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Derecho y Sociedad* 20, 160–173.
- Zapatier, P. (2020). *La aplicación de la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia*.

Libros.

De la Rosa Cortina, J. (2015). *Las medidas cautelares personales en el proceso penal*. (Primera edición). Wolters Kluwer SA.

Defensoría General de la Nación. (2015). *Punición y Maternidad Acceso al arresto domiciliario* (Primera). Ministerio Público de la Defensa.

Diagnóstico del Sistema Penitenciario del Ecuador (Jorge Núñez). (2021). Kaleidos.

Toainga, W. (2015). El rol del fiscal en el Código Orgánico Integral Penal. In *ódigo orgánico integral penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación*. Corporación Editora Nacional.

Krauth, S. (2018). *La prisión preventiva en el Ecuador*. Defensoría Pública del Ecuador.

Rodriguez, F. (2021). *Curso de Derecho Penal Parte General Tomo II Teoría del Delito*. Editora Cevallos.

Riego, C., & Duce, M. (2009). *Prisión Preventiva y Reforma Procesal Penal en América Latina evaluación y perspectivas*. (C. Riego & M. Duce, Eds.). Centro de estudios de Justicia de las Américas.

Sentencias, Observaciones Generales, Informes.

Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, (October 5, 2015).

Comision Interamericana de Derechos Humanos. (2022). *Personas Privadas de Libertad en Ecuador*.

Comitè de Derechos Econòmicos, S. y culturales de las N. U. (2000). *El derecho al disfrute del màs alto nivel posible de salud 11/08/2000. E/C.12/2000/4, CDESCR OBSERVACION GENERAL 14. .*

Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, Pub. L. No. 43/173 (1988).

Mahler, C. (2022). *Adultos mayores privados de libertad Informe de la Experta independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos de las personas mayores .*

Tivi vs Ecuador, (2004).

Sentencia 209-15-JH, (November 12, 2019).

Noticias.

Gómez, L. (2021, November 15). Tres dólares diarios cuesta la alimentación de cada recluso en Ecuador. *Observatorio de Gasto Público*.

Puente, D. (2021, March 8). 1 093 policías vigilan a quienes tienen arresto domiciliario en Ecuador. *El Comercio*.

EFE. (2022). Ecuador inicia censo carcelario que durará tres meses. *Primicias*.

El Comercio. (2021). Hasta USD 250 mensuales cuesta a las familias mantener a un detenido. *El Comercio*.

Resoluciones.

RESOLUCIÓN No. 14-2021, Pub. L. No. 14-2021, Corte Nacional de Justicia (2021).

Trabajos de investigación, tesis, monografías, revistas.

Alonso, J. (2017). *Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España*.

De la Rosa, M. (2016). Principios fundamentales y limitativos de la prisión preventiva según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Defensoría Pública*.

Tamayo, M. (2018). *Las medidas cautelares en el sistema penal ecuatoriano y su aplicación en el estado constitucional de derechos y justicia*.

Códigos, Leyes, Instrumentos Internacionales.

Código Orgánico Integral Penal, (2014).

Código de Procedimiento Penal, (2000).

Constitución del Ecuador, (2008).

Constitución Política de la República de Ecuador 1998, (1998).

Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948).

Ley Orgánica de Educación Intercultural, (2011).

Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, (1976).

Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de libertad, (1990).

Web.

Ángel Albornoz. (n.d.). *OBSERVACIONES A LA OPINIÓN CONSULTIVA SOBRE LA NECESIDAD DE PROPONER ENFOQUES DIFERENCIADOS EN MATERIA DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD*. Corte Interamericana de Derechos Humanos.