

SALA PENAL DE LA CORTE PROVINCIAL DE PICHINCHA.-

Ref.: Amicus Curiae en Caso Ola Bini

Causa No.: 17124-2019-00013

La Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos - INREDH - es una organización no gubernamental, que hace más de 25 años trabaja por la promoción y defensa de los derechos humanos, a través del acompañamiento de casos y el litigio estratégico a nivel nacional e internacional.

Alejandro Baño, con cédula de identidad 171998576-2, miembro del equipo legal de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos -INREDH-, en base a la potestad que otorga el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC) que contempla la posibilidad de salvaguardar de mejor manera todos los derechos reconocidos en la Constitución, y considerando la complejidad que el presente caso atañe, como organismo de derechos humanos comparecemos a la presente causa, en calidad de *Amicus Curie*, bajo el siguiente esquema de contenido:

I. De la naturaleza del Amicus Curiae.....	1
II. De la obligación del Estado de proteger derechos.....	2
III. De la naturaleza de la privación de libertad	3
IV. De los presupuestos procesales para la ilegalidad en la detención	3
1. La detención se solicita de forma motivada por parte del fiscal	4
2. La detención tiene únicamente fines investigativos	4
3. La detención es ordenada por boleta, con los requisitos que una decisión judicial	5
4. La detención no puede durar más de veinticuatro horas	6
5. Se debe asegurar que a la persona detenida se le informe sobre sus derechos	7
V. Configuración de la ilegalidad de la detención.....	9
VI. De los presupuestos procesales para la arbitrariedad de la prisión preventiva:	
incumplimiento de requisitos para prisión preventiva.....	11
1. Existencia de elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito.....	12
2. Elementos de convicción claros y precisos de autoría de la infracción	13
3. Indicios de medidas cautelares insuficientes para asegurar su presencia	13
4. Tratarse de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año.....	13
VII. De los presupuestos procesales para la arbitrariedad de la prisión preventiva:	
negativa de caución	14
VIII. Configuración de la arbitrariedad de la prisión preventiva	18
IX. De la naturaleza del <i>Habeas Corpus</i>	19
X. De la protección del derecho a la libertad como fundamento del <i>Habeas Corpus</i>	19
XI. Solicitud.....	22

I. De la naturaleza del Amicus Curiae

El Amicus Curiae es una figura informativa dentro del Derecho, aplicado a nivel nacional e internacional. El *amicus curiae* –expresión latina que se puede traducir como “amigo del Tribunal”–

es un informe escrito que puede ser presentado por una persona natural o jurídica que, a pesar de no tener un interés directo en el caso, interviene en él para defender un interés de trascendencia general, como cuando está en juego la defensa de los derechos fundamentales.

De este modo, el sistema judicial permite que aquellos que no son parte de un proceso aporten al juez argumentos en lo que poseen una reconocida experiencia o conocimiento. Por esta especial naturaleza, el *amicus curiae* no tiene efectos vinculantes para el juez a quien va dirigido, pues su objetivo no es “obligarlo” a compartir los argumentos aportados, pues ello supondría una afectación a su independencia.

Por el contrario, el *amicus curiae* busca reforzar dicha independencia, garantizando que los jueces adopten sus decisiones luego de contrastar debidamente los diferentes puntos de vista aplicables al caso, lo que abona en la credibilidad de la actuación de los órganos jurisdiccionales.

II. De la obligación del Estado de proteger derechos

El artículo 1 de la Constitución de 2008 define al Ecuador como un “Estado Constitucional de derechos” -lo cual difiere significativamente del modelo tradicional de “Estado de Derecho”. En este último, el poder público está sometido al derecho y, más específicamente, a la ley. En un “Estado Constitucional de derechos”, en cambio, el panorama es otro. Primero, la Constitución funge efectivamente de Norma Suprema: moldeando íntegramente el sistema jurídico y político nacional, y determinando el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio de la autoridad, y la estructura del poder. Y, más importante aún, en el “Estado de derechos”, los derechos “que son creaciones y reivindicaciones históricas anteriores y superiores al Estado, someten y limitan a todos los poderes”¹. Es decir, bajo el esquema adoptado por el Ecuador, los derechos de los individuos constituyen la base sobre la cual se erige el Estado y supone que toda actividad pública tenga como eje transversal la realización efectiva de los valores encarnados en los derechos humanos; exigencia que se exterioriza en el artículo 11 numeral 9 de la Carta Magna, el cual señala expresamente: “(e)l más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

La obligación de garantía y protección de los derechos, no obstante, no halla su origen únicamente en las disposiciones constitucionales. El Estado Ecuatoriano, al ser signatario de los principales instrumentos internacionales de derechos humanos y al ser estos últimos de rango constitucional (Artículo 428 CE) y de directa e inmediata aplicación (Artículo 426 CE), está también obligado a observar todos aquellos deberes derivados de sus disposiciones. Es así que los Arts. 1, 2 y 13 de la Carta de Naciones Unidas obligan al Ecuador a promover el respeto universal y efectivo de los derechos de los individuos; los Arts. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ordenan que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna (...)”; y, asimismo en el plano regional, el Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y

¹ Ávila Santamaría, R. La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado. Ministerio de Derechos Humanos y Justicia. Quito, 2008.

libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna (...).”.

En suma, no queda duda de que el Estado Ecuatoriano ostenta como deber máximo la protección y garantía de los derechos fundamentales. Así, frente al tratamiento de ciudadanos y sus derechos, surgen para el Estado una serie de obligaciones imperativas que cumplir: entre ellas, la protección de las facultades personales, sin detrimento de su origen o nacionalidad.

III. De la naturaleza de la privación de libertad

Una de las misiones fundamentales del Derecho penal es la de proteger con sus normas una serie de bienes jurídicos que son de necesario respeto para el mantenimiento de la convivencia social, e incluso a aquéllos sólo en sus ataques más intensos. Cuando alguno de estos bienes es quebrantado surge la pretensión punitiva del Estado, lo que significa el derecho-deber de aplicar al autor de semejante acción una pena previamente establecida en el catálogo punitivo. Para esta labor, el derecho sustantivo se ve completado con el proceso penal a través del cual se delimita y concreta, de acuerdo a los presupuestos fijados en la Ley, la responsabilidad criminal del individuo actuante y la pena a aplicar.

La realización efectiva de la última parte del procedimiento dibujado exige la presencia del autor del hecho delictivo, realizada no sólo como última consecuencia para que pueda imponérsele la pena, sino también para asegurar de manera real todas las garantías sociales e individuales por las que se conduce el proceso en un Estado constitucional de derechos y justicia, tal como define la Constitución en su artículo 1.

Ahora bien, salvo casos excepcionales de presentación voluntaria del encausado lo frecuente es la necesaria aplicación de medidas restrictivas o privativas de derechos y libertades, con las cuales se procura lograr los fines generales y particulares del proceso penal. En el caso particular: la detención, prevista en los artículos 530 y siguientes del Código Orgánico Integral Penal; y la prisión preventiva, medida cautelar personal prevista en los artículos 534 y siguientes de la misma norma punitiva.

IV. De los presupuestos procesales para la ilegalidad en la detención

El término “detención”, hace alusión al “(...) periodo que transcurre entre que la privación de libertad es decidida por el funcionario policial o por el juez, y (...) cuando éste pase a la condición de preso preventivo”². Por principio, la naturaleza de esta detención dentro de nuestro ordenamiento tiene el objetivo de brindar indicios, evidencias o elementos de convicción por parte del investigado (dentro de la fase de investigación previa) o el procesado (una vez que se ha formulado cargos en su contra). Esta figura necesariamente debe ser concebida bajo una orden constituida en una boleta de detención, en donde se plasma la motivación del juzgador y todos los requisitos informativos necesarios a fin de que el derecho a la defensa sea ejercido de conformidad a lo dispuesto en el artículo 76 de la Carta Magna.

El articulado donde se prevé esta figura establece ciertas características a ser destacadas en el caso en particular, que se enumeran a continuación, a la par de un breve análisis de los hechos del caso que funda este *Amicus Curiae*:

² Portilla Contreras, G. (1988). El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público. Granada. Universidad de Granada. Págs. 130-131

1. La detención se solicita de forma motivada por parte del fiscal

De conformidad con las atribuciones y con el rol de dueña de la acción penal que ostenta la Fiscalía General del Estado, es necesaria la intervención objetiva de un agente fiscal que permita obtener futuras pruebas respecto del presunto cometimiento de un delito. Sin embargo, en calidad de autoridad pública integrante de la Función Judicial (de conformidad con el artículo 38 del COFJ), está obligada a demostrar el fundamento de sus decisiones, es decir motivar sus actuaciones, al igual que una autoridad judicial.

En este contexto, la Corte Constitucional, en la sentencia N.º 018-17-SEP-CC, dictada dentro del caso N.º 1608-14-EP, ha señalado:

(...) la motivación es un derecho constitucional que debe permitir a los ciudadanos conocer de manera clara los fundamentos que llevan a determinada autoridad pública a tomar una decisión en el ámbito de sus competencias. Esta garantía, de acuerdo a lo expresado por la Corte Constitucional, para el período de transición, y reafirmado por esta Corte, se encuentra compuesta por tres requisitos para que pueda considerarse adecuada [...] Estos requisitos son la razonabilidad, la lógica y la comprensibilidad.

En el ámbito regional, conviene citar el criterio emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la motivación, en tanto aquel es compartido por la Corte Constitucional. Así, en la sentencia dictada dentro del caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala, expuso: “La Corte ha considerado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática³.”

La motivación plasmada por el fiscal dentro de este acto, por su mismo nombre (detención con fines investigativos), tiene un fin de pesquisa. Sin embargo, se denota un abusivo uso de esta medida en tanto se la motiva en Derecho, mas no en hechos relacionados directamente a la solicitud de la figura; por ejemplo que hayan existido varias notificaciones de versión y no el investigado no haya comparecido. Situación en donde Fiscalía, frente a una falta de cooperación se ve amparada en solicitar la privación de libertad a fin de que se rinda una versión, punto que se destaca más adelante.

2. La detención tiene únicamente fines investigativos

La actuación procesal de detener a una persona para fines investigativos, de conformidad con el artículo 532 del COIP⁴, está direccionada con ese único fin; pues la motivación que haga fiscalía debe enmarcarse en receptar una declaración por parte del –ese momento- privado de libertad. Sin embargo, y como se observa en el expediente del caso en particular, el Estado extralimita sus decisiones a través de sus funcionarios y supone al procesado un estado de incertidumbre sobre su situación jurídica.

³ Corte IDH. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 248; Caso Aplitz Barbera y Otros vs. Venezuela (Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párrs. 77-78

⁴ COIP. Art. 532.- Duración.- En ningún caso la detención podrá durar más de veinticuatro horas. **La versión que tome la o el fiscal será receptada en presencia de su defensor público o privado.**

Cuando dentro de una investigación previa se han obtenido evidencias suficientes para determinar el cometimiento de un delito (materialidad), puede iniciarse formalmente un proceso en contra de una persona, a través de la Formulación de Cargos. Este acto procesal está encaminado a notificar al procesado de la iniciación de una investigación (Instrucción Fiscal) encaminada a demostrar su responsabilidad en el delito que ha sido expuesto en la etapa de investigación previa. En la misma audiencia se discute la pertinencia de dictar medidas de cautelares para garantizar la comparecencia del procesado hasta su juzgamiento y posible sanción. Por la concepción de esta actuación (formulación de cargos), se denota una diametral diferencia con la detención para fines investigativos.

A pesar de esa notoria diferencia, en el sistema ecuatoriano se advierte una grave problemática. Como en la mayoría de casos, Fiscalía solicita motivadamente la detención para fines investigativos, el juzgador acepta la petición y motiva la detención (nuevamente con fines de receptar la versión del sospechoso), se toma la versión y posteriormente se procede –antes de dar libertad al procesado- a formular cargos. Esta práctica reiterada y abusiva, aprovecha la situación de vulnerabilidad de una persona (privada de su libertad) y en lugar de cumplir con su motivación de –únicamente- detener a una persona para su declaración y luego liberarlo, Fiscalía solicita al juzgador la formulación de cargos.

Este problema se ahonda cuando todo este trámite se lo realiza *inaudita parte*, en horas que dificultan seriamente la obtención de documentación pública o privada. Esta falta de notificación adecuada para comparecer a una formulación de cargos, genera que el procesado no tenga el tiempo suficiente para preparar su defensa en contra del eventual petitorio de prisión preventiva por parte de fiscalía, generando que, al no lograr conseguir arraigos, cualquiera se vea sujetos de prisionización, anticipando una pena aún no impuesta.

Al respecto, la Corte IDH ha establecido que: “54. Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.C de la Convención (...). Asimismo, se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba”⁵.

En suma, argumentando erróneamente que es dueña de la acción penal, Fiscalía solicita motivadamente detener a una persona con un objetivo, y realiza una actuación distal a la requerida judicialmente. Forjando de esta manera un detrimento en la seguridad jurídica y certeza del procesado (pues este no conoce si será detenido únicamente para rendir su versión o va a ser sujeto de una formulación de cargos); a la par de una vulneración al derecho a la defensa.

3. La detención es ordenada por boleta, con los requisitos que una decisión judicial

El juez competente para analizar una solicitud de detención por parte de un fiscal, es el de Garantías Penales. En tanto es una autoridad judicial, esta –al igual que fiscalía- deberá también enmarcar sus decisiones a los requisitos de motivación, con aún mayor profundidad que la del fiscal; tomando en cuenta las exigencias del ordenamiento respecto a la Tutela Judicial Efectiva. Por supuesto, cabe destacar –en especial para el caso en concreto- que la decisión del juzgador, generalmente será aceptar la detención para fines investigativos, aún con un deficiente fundamento por parte de fiscalía.

⁵ Corte IDH. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. Serie C No. 206

El artículo 531 del Código Orgánico Integral Penal establece que la boleta de detención debe cumplir con el requisito de motivación. En este punto cabe destacar que la motivación no se cumple de un modo meramente formal o con una simple cita de preceptos jurídicos o de tratadistas, ni tampoco con la reproducción total o parcial de los argumentos esgrimidos por las partes dentro de un proceso. Al contrario, la motivación es un juicio lógico que enlaza los preceptos de hecho y los de derecho para tener una consecuencia lógica. De lo expuesto, se coliga que es indispensable la existencia de elementos de hecho claros y ciertos, que permitan al juzgador emitir una decisión motivada de la forma debida.

De acuerdo al testimonio del hoy privado de la libertad, los agentes de policía se acercaron a él con una orden de detención dirigida hacia un “ciudadano ruso”, contradiciendo lo realmente existente. Sobre este punto, la Corte IDH al abordar la motivación de una decisión judicial en el Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador, estableció que motivación: “es la exteriorización de la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. En el caso particular, se pone en duda la existencia de una verdadera motivación, pues la errónea identificación en contra de un ciudadano “ruso”, cuando es de nacionalidad sueca, deja ver las falencias en los fundamentos de hecho en que se basó la decisión del juez de detener a Bini, así como en la justificación para posteriormente dictar prisión preventiva. De ahí se pone en tela de duda cómo podría existir una respuesta acertada y motivada de la ley a través de un magistrado, frente a hechos erróneos.

4. La detención no puede durar más de veinticuatro horas

En tanto la detención tiene el fin único de receptar la versión del sospechoso, de acuerdo al artículo 532 del COIP, en el que se establece que: “En ningún caso la detención podrá durar más de veinticuatro horas”, la privación de la libertad es momentánea y no puede durar más de un día. Esta regla tiene concordancia con numeral décimo del artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en donde se manifiesta que la persona detenida debe “ser puesta a disposición del juez o tribunal competente inmediatamente y no más tarde de las veinticuatro horas siguientes a su detención”. Esto en concordancia con el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establece:

Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio⁶.

Dentro del libelo de la demanda de *Habeas Corpus*, el procesado indica que fue retenido (detenido) entre las 15H00 y 15H15 en la puerta de embarque A6 del 11 de abril de 2019, cuando se encontraba embarcado en el vuelo de la aerolínea KLM, hasta las 22:15 del día 12 de abril de 2019. Es decir que transcurrieron alrededor de treinta horas hasta que una autoridad judicial tuvo conocimiento de su detención, vulnerando de forma clara los instrumentos internos que regulan la duración de la detención.

⁶ Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre 1969. Art. 7.5.

En el caso *López Álvarez vs. Honduras*, la Corte IDH estableció que el derecho recogido en el artículo 7.5 de la Convención es determinante para garantizar no sólo el derecho a la libertad personal, sino también otros derechos conexos como el derecho a la vida y la integridad personal⁷.

5. Se debe asegurar que a la persona detenida se le informe sobre sus derechos

El debido proceso y el derecho a defensa se sustentan en la igualdad constitucional o igualdad ante la ley. Este concepto de igualdad es bidimensional ya que por un lado prohíbe la discriminación en razón de circunstancias éticamente irrelevantes como la lengua, la religión o el sexo, y, por otro, ordena una distribución igualitaria de los derechos fundamentales⁸. Así, a través de sus dos dimensiones la noción de igualdad debe ser leída a través de argumentos filosófico-políticos en torno a la valoración de la cultura y de la lengua y de argumentos constitucionales que permiten observar la constitucionalización de los principios reguladores del proceso penal.

La igualdad constitucional, el debido proceso y el derecho a defensa se manifiestan en la legislación procesal penal en la igualdad procesal, es decir, en la norma que exige paridad entre las partes en el sentido de igualdad de armas, de forma tal que la privación del derecho al uso de la propia lengua en juicio a acusado indígena es un caso de indefensión porque no se configura la igualdad procesal requerida. Entonces, cada vez que se lesiona el derecho a usar la propia lengua en juicio no se afecta únicamente a un conjunto de normas, sino que se dañan derechos fundamentales expresamente consagrados en nuestra Constitución.

Dentro del caso en particular pesar de que Ola Bini es de nacionalidad extranjera y no entiende perfectamente el idioma español, de acuerdo al libelo de su demanda, indica que no tuvo un intérprete ni traductor; vulnerando gravemente su derecho a la defensa, pues no tuvo la oportunidad de conocer en forma clara las razones de su detención.

Estas ideas precedentes han sido acogidas con claridad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos quien, por ejemplo, en su opinión consultiva número 16 de 1999⁹ sostuvo:

117. En opinión de esta Corte, para que exista «debido proceso legal» es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables. Al efecto, es útil recordar que el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal [...]

118. En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales [84], «sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho» [85] y son «condiciones que

⁷ Corte IDH. Caso *López Álvarez Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 141, párr. 118.

⁸ Talsamiglia, A. Sobre el principio de igualdad. En Mugerza, J. y Peces-Barba, Gregorio. *El fundamento de los derechos humanos*. Madrid: Debate, 1989. p. 97-110.

⁹ Corte IDH. Opinión Consultiva OC16/1999. El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal.

deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial» [86].

119. Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales [87] y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.

120. Por ello, se provee de traductor a quien desconoce el idioma en que se desarrolla el procedimiento, y también por eso mismo se atribuye al extranjero el derecho a ser informado oportunamente de que puede contar con la asistencia consular. Estos son medios para que los inculcados puedan hacer pleno uso de otros derechos que la ley reconoce a todas las personas. Aquéllos y éstos, indisolublemente vinculados entre sí, forman el conjunto de las garantías procesales y concurren a integrar el debido proceso legal.

Otro grave inconveniente que generó detrimento en el ejercicio del derecho a la defensa es la posible investigación anterior del que el ciudadano Bini no conocía. En garantía del ejercicio del derecho a la defensa bajo los estándares de derecho internacional de los derechos humanos, Ola Bini estaba facultado a comparecer ante cualquier órgano investigador, a fin de brindar evidencias de que no es responsable de tal o cual actuación; y es en este punto donde el Estado pudo cometer una vulneración.

Como se explica que en rueda de prensa el 11 de abril de 2019, el Ministerio del Interior, a través de su titular María Paula Romo, puntualizó: "Tenemos la identidad y ubicación de dos hackers rusos que también se encuentran viviendo en Ecuador, (la información) será entregada en las próximas horas a la Fiscalía. No vamos a permitir que Ecuador se convierta en un centro de piratería informática y no podemos permitir que actividades ilegales se desarrollen en el país". Es decir, que la información que se había obtenido, referente a los supuestos hackers, aún ni siquiera se encontraba en manos de Fiscalía (órgano encargado de la pesquisa de un delito de acción pública), pero ya había una investigación iniciada (desconociendo qué organismo la inició y llevó a cabo) y peor aún, con un enfoque que deja en tela de duda el respeto por la presunción de inocencia, más aún cuando no se ha garantizado la comparecencia de Bini a este proceso.

De ahí caben los cuestionamientos que deberá responder el Estado dentro de este proceso: ¿qué entidad estaba a cargo de esta investigación?, ¿se garantizó el derecho a la defensa?, ¿desde hace cuánto tiempo se estaba investigando a Ola Bini sin garantizar su derecho a la defensa? Romo también se refirió a que: "Desde hace varios años vive en Ecuador uno de los miembros claves de Wikileaks y una persona cercana a Assange. Tenemos evidencia que ha estado colaborando con los intentos de desestabilización del gobierno y que trabaja de manera cercana". De esta forma se entiende que la ubicación de Bini fue detectada con la debida antelación por

parte del Estado, existiendo entonces la posibilidad de notificar al hoy privado de libertad que no solo podía acercarse a conocer de qué se lo acusa, sino que podía comparecer ante la institución correspondiente a fin de que brinde su versión de los hechos y ejerza su derecho a la defensa.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, ha establecido que:

“impedir que la persona ejerza su derecho de defensa [...] es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo”¹⁰.

Este estándar de aplicación del derecho a la defensa -de acuerdo a la misma Corte- debe “necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso.”¹¹

La igualdad procesal no se logra en la medida que una de las partes no pueda comunicarse ni conocer de primera mano lo que ocurre en el proceso investigativo (si existe uno) a través de su propia lengua. De ahí que una premisa de suma importancia a fin de poder ejercer el derecho a la defensa, es conocer el proceso al cual en ese momento una persona está siendo sujeto.

V. Configuración de la ilegalidad de la detención

A lo largo de este breve análisis se han denotado flagrantes violaciones a los derechos del ciudadano Ola Bini, previstos tanto en la normativa interna, en concordancia con las premisas y principios establecidos en la legislación supranacional, de mayor énfasis con relación a libertad individual de cada sujeto.

La libertad presupone uno de los elementos más valiosos para el efectivo goce de derechos conexos a ella. Cuando una persona la pierde, esta situación hace que su vida dé un vuelco radical. La pérdida del libre tránsito es un impacto emocional y social muy severo por el cambio involuntario abrupto de hábitos, contexto, comunidad e incluso la pérdida de intimidad. La prisionización sobrelleva el rompimiento y resquebrajamiento de vínculos personales, haciendo -casi inevitablemente- que se vea afectado el núcleo familiar de quien está sujeto a este régimen.

Existe también una posible pérdida de rol sexual, pues internados y con serias limitaciones en “permisiones” sexuales, existe deterioro de su identidad y otros factores psicológicos que inciden en ella. La cárcel implica una sujeción a normas impositivas por el sistema en cuanto a horarios, espacios, vestimenta, comida y otros. Cabe también analizar que todo ello se enlaza hacia el desarrollo de un nuevo código de conducta y valores (incluso más allá del sistema de control), pues los internos más antiguos, quienes en su proceso de adaptación han generado ciertos roles y status al interior del penal, crean un espacio de inseguridad mucho más agravado, incluso con violencia de por medio.

¹⁰ Corte IDH. Caso Barreto Leiva vs. Venezuela. Sentencia de 17 de noviembre de 2009. (fondo, reparaciones y costas), párr. 29.

¹¹ Corte IDH. Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 303, párr. 153.

El derecho a la libertad como premisa básica de dignidad humana se encuentra recogido en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Por supuesto, para llegar a una limitación tan grave de derechos internacionalmente reconocidos, es necesario que antes de la pena privativa de libertad, exista un debido proceso con todas las garantías que la Constitución establece, principalmente las recogidas en el artículo 76 de la Constitución que prescribe: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso”, dando paso al amplio pliego de derechos constitucionales relacionadas con este.

En términos generales, cualquier privación de libertad, sea por la supuesta comisión de un delito o por cualquier otro motivo, debe ser realizada con estricto cumplimiento de una serie de garantías que aseguren la protección de este derecho fundamental de las personas. De esta manera:

(...) cualquier violación de los numerales 2 al 7 del artículo 7 de la Convención acarreará necesariamente la violación del artículo 7.1 de la misma, puesto que la falta de respeto a las garantías de la persona privada de la libertad desemboca, en suma, en la falta de protección del propio derecho a la libertad de esa persona.¹²

En lo resuelto por la Corte IDH caso Gangaram Panday se establecen las premisas básicas para calificar a una privación de libertad como ilegal o como arbitraria. En cuanto a la detención ilegal, la Corte distinguió dos aspectos en su análisis, uno material y otro formal, con base en lo cual estableció que:

(...) nadie puede verse privado de la libertad personal sino por causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal)¹³.

Posteriormente dentro del Caso Chaparro Álvarez se establecieron criterios aún más amplios sobre la ilegalidad de una detención. Así la Corte determinó que:

(...) reconoce la garantía primaria del derecho a la libertad física: la reserva de ley, según la cual, únicamente a través de una ley puede afectarse el derecho a la libertad personal (...)¹⁴

La reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea

¹² Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíguez Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y - 244 - Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C No. 170, párr. 54.

¹³ Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 16, párr. 47

¹⁴ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez, párr. 56.

cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana [...]»¹⁵

De la misma forma, en el caso citado, la Corte determinó que para establecer la ilegalidad de una detención, al organismo le corresponde verificar que las detenciones de [las víctimas] se realizaron conforme a la legislación [...]»¹⁶, entendiéndose a la ley, de acuerdo al mismo organismo como “[una] norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes”.¹⁷ Este criterio también ha sido acogido en el caso Suárez Rosero, caso en el que se declaró que se había producido una detención ilegal al no haberse realizado conforme a los requisitos formales establecidos en la Constitución y leyes nacionales¹⁸.

Dentro del ya citado caso Chaparro Álvarez ya se advierte al Ecuador sobre la vulneración al Debido Proceso, que constituye no informar de los motivos y causas de la detención de una persona. Así, la Corte determinó que al no informar de forma clara sobre la detención del investigado, ya se configuraba una detención ilegal, ya que las leyes internas contemplaban este derecho¹⁹ y, al mismo tiempo, declaró violado el derecho consagrado en el artículo 7.4 de la Convención. De la misma forma determinó que el exceso en la duración de la detención de una persona, vulnera el artículo 7.2 de la Convención”²⁰.

Exponiendo estas argumentaciones vinculantes para el Estado ecuatoriano, es visible la vulneración al Debido Proceso que supone esta detención que ha agredido a la norma punitiva vigente así como la norma adjetiva constitucional (LOGJCC), configurando de esta forma una detención ilegal, atentando contra el derecho a la libertad del ciudadano Ola Bini.

Finalmente, a pesar de que los hechos denotados ante su autoridad son manifiestamente ilegales, y aunque que la Corte IDH ha establecido que declarada la ilegalidad de la detención, no es necesario proceder al análisis de si la privación de la libertad es arbitraria, corresponde ahora entablar la existencia de arbitrariedades dentro de este proceso puesto en su conocimiento.

VI. De los presupuestos procesales para la arbitrariedad de la prisión preventiva: incumplimiento de requisitos para prisión preventiva

Como se ha dicho, para llegar a una limitación de la libertad individual, es necesario que antes de la pena privativa de libertad, exista y principalmente culmine un debido proceso con todas las garantías que la Constitución establece, principalmente las recogidas en el artículo 76 de la Constitución. Sin embargo, en nuestro sistema penal existe un punto de quiebre en donde el Estado antes de tener certeza absoluta de la responsabilidad de un investigado, se lo priva de su libertad, justificando tal medida en la necesidad de que este cumpla su pena, en el caso de que se le impusiere una; llegando en algunos casos a anticipar la sanción, pues ya se encuentra dentro de la cárcel. Este recurso es la prisión preventiva.

¹⁵ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez, párr. 57

¹⁶ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez, párr. 58.

¹⁷ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6, párr. 38.

¹⁸ Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de enero de 1999. Serie C No. 44, párrs. 43 al 45.

¹⁹ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez, párr. 73

²⁰ Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez, párr. 86.

El abuso de la aplicación de la medida cautelar de la prisión preventiva es una realidad que se constata en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. Resulta en la práctica una realidad evidente, que en varias oportunidades se aprecie la recurrencia de la disposición de tal medida, cuando no existen los presupuestos idóneos y necesarios que la certifiquen y justifiquen, como se explicará más adelante.

Posterior a la audiencia de Formulación de Cargos realizada el 12 de abril de 2019, Bini pasó de tener la calidad de “investigado” a “imputado”, pues la Fiscalía procedió a comunicar al juzgador que se iniciará una investigación formal en su contra. En esta fase —a diferencia de la investigación previa— el nivel de certeza del cometimiento de un delito que se exige es menor que el necesario para imponer una condena, pero mucho mayor a la que se tenía al iniciar la investigación. Esta diligencia de formulación de cargos tiene como objetivos principales dar paso a la judicialización del caso, individualizar a los sospechosos, dar plazo para que lleven a cabo las últimas averiguaciones y discutir las medidas cautelares que se impondrán al procesado, fase última que tiene mayor relevancia para este análisis.

Al llegar esta audiencia de formulación de cargos, Fiscalía ya debería conocer de un daño a un “bien jurídico protegido” que puede ser variado (en este caso la seguridad de sistemas de información) y también debería tener indicios claros que lleven a recién poner en duda la inocencia de un presunto delincuente, por lo que el Estado en ese momento pretenderá que el procesado no huya de la justicia. Para ese objetivo se utilizan medidas cautelares que se encuentran recogidas en el Artículo 522 del COIP, y que no fueron tomadas en cuenta sino únicamente la prisión preventiva, que es la limitación de la libertad en un Centro de Detención Provisional y es la que nos interesa para este análisis pues fue ordenada por el magistrado Rodolfo Navarrete en calidad de juez de garantías penales.

El artículo 534 del COIP establece que la prisión preventiva es una forma de garantizar la comparecencia del procesado. Esta medida cautelar personal puede ser solicitada de parte del agente fiscal hacia el juzgador de forma fundamentada y motivada. Sin embargo, para que dicha solicitud sea procedente, es necesaria la existencia de ciertos elementos (a saber cuatro) contundentes que debieron haber fundado la prisión de Ola Bini.

1. Existencia de elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito

Entiéndanse estos “elementos de convicción” como evidencias que han sido analizadas por peritos, agentes de investigación policiales y la misma Fiscalía, es decir, que para que concurra el primer fundamento para la prisión preventiva, es necesario que exista un número determinado de evidencias analizadas, que permitan concluir que existe un delito que perseguir.

Fiscalía, a fin de fundamentar la prisión preventiva en la audiencia de formulación de cargos expuso que el informático podría estar relacionado con una trama de desestabilización contra el Estado ecuatoriano. Acusaciones que si bien es cierto pueden acoplarse a un tipo penal, no habían sido sustentadas con más fundamento que: la amistad con el ciudadano Julian Assange, implementos de trabajo (entre USB, computadores y tablets), sus constantes viajes fuera del país y su inversión en servicio de internet (230 mil dólares).

Al respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dentro de su Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas ha establecido que el criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú en el proceso de

Casación No. 631 – 2015, contiene elementos positivos en la materia, en tanto ha expuesto que: “Asumir un peligro de fuga por la sola condición de extranjero del imputado importaría un acto discriminatorio por razón de la nacionalidad” y que “no es concluyente, por tanto, los pocos o muchos viajes que un encausado realice al extranjero”.

2. Elementos de convicción claros y precisos de autoría de la infracción

A diferencia del requisito anterior, éste está encaminado a que las evidencias analizadas, conlleven a la conclusión de que el presunto responsable del delito efectivamente era Ola Bini. Sin embargo, tomando en cuenta que los elementos de convicción no eran conducentes para a demostrar la existencia de un delito, no podrían acarrear indicios de responsabilidad.

3. Indicios de medidas cautelares insuficientes para asegurar su presencia

La existencia de medidas cautelares y en especial la prisión preventiva se justifica con la necesidad de que el procesado efectivamente comparezca al proceso, haya contradicción entre la acusación y su defensa, pero adicionalmente pueda responder por la reparación integral que pueda tener lugar en caso de sentencia condenatoria. Así, natural es que el ser humano intente escapar de un contexto de violencia y limitación de las funciones humanas básicas, como es la cárcel; sin embargo le corresponde al Estado tomar medidas que permitan la presencia del imputado.

Para evitar la prisionización, en lugar de que Fiscalía establezca el por qué las otras cinco medidas cautelares no son suficientes para asegurar la presencia del procesado, erradamente le corresponde a la defensa del investigado presentar los denominados “arraigos”, que no son más que documentos que dejan ver un vínculo del procesado con el territorio nacional, justificando que existe una situación tal por la cual no podría fugarse a otro país o perdería mucho haciéndolo; intentado evidenciar así, que otras medidas (como la presentación –incluso diaria- ante el fiscal) son proporcionales para su defendido. Desde planillas de servicios básicos, pasando por matrículas vehiculares, certificados bancarios, de trabajo y partidas de nacimiento o matrimonio, hasta certificados de honorabilidad debidamente notariados (porque de lo contrario no tienen valor); cualquier documento es requerido desesperadamente mientras las veinticuatro horas que dura la detención, corren. A este respecto es importante denotar que recolectar la documentación es complicado, más aún cuando las detenciones son realizadas en momentos de inactividad laboral pública o privada.

A pesar de que no es el caso de Ola Bini, es necesario puntualizar también ante ustedes jueces constitucionales, que existen otros procesados que por su situación económica realmente no cuentan con estos arraigos. Posiblemente no toda la población posea vehículos o inmuebles que presentar ante el juzgador o incluso no se encuentren laborando o con un vínculo familiar estable; entonces, el sistema penal empieza a castigar la pobreza, pues en el caso de que no exista la documentación necesaria, la prisión preventiva es inminente.

4. Tratarse de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año

Ola Bini es acusado del delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos. Según el artículo 232 del Código Orgánico Integral Penal, este delito recae sobre “la persona que destruya, dañe, borre, deteriore, altere, suspenda, trabe, cause mal funcionamiento, comportamiento no deseado o suprima datos informáticos, mensajes de correo electrónico, de sistemas de tratamiento de información, telemático o de telecomunicaciones a todo o partes de sus componentes lógicos que lo rigen”. En la medida en que el delito es sancionado con una pena privativa de libertad de

tres a cinco años, aparentemente es el único requisito a la prisión preventiva que Fiscalía logró sustentar.

A pesar de ello, el juez de garantías penales -atendiendo a los pedidos de Fiscalía- ordenó la prisión preventiva, sin atender a la prelación de otras medidas alternativas. Al producirse esta eventualidad, se incumplió con el rol de ser garantes de los derechos constitucionales dentro de la materia procesal que les compete, principalmente por no existir una decisión fundada.

Sobre este aspecto, la Corte IDH en el Caso Palamara Iribarne, tras analizar la legislación interna sobre privación de libertad, la Corte concluyó que el Estado accionado utilizaba la prisión preventiva como regla y no como excepción, en contravención a las exigencias constitucionales que asignaban carácter excepcional a medidas de privación de libertad como la prisión preventiva. Más aún, dijo que no se habían tenido en cuenta los elementos legales y convencionales para dictar la prisión preventiva. En concreto, las autoridades judiciales no fundamentaron ni acreditaron los hechos del caso que habrían vuelto indispensable la prisión preventiva para el éxito de las diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que hicieran presumir que la libertad del detenido fuera peligrosa para la sociedad o el ofendido, como así lo requería la legislación. Todo lo cual constituía una violación del principio de presunción de inocencia²¹. Con base en el análisis anterior la Corte concluyó que se habían violado los derechos consagrados en los artículos 7.1, 7.2 y 8.2 de la Convención.

VII. De los presupuestos procesales para la arbitrariedad de la prisión preventiva: negativa de caución

Frente a este uso del poner punitivo del Estado, la defensa de Ola Bini ha emprendido una serie de medidas legales a fin de contrarrestar la aplicación no motivada de este recurso, que de acuerdo a estándares internacionales y constitucionales, es de *última ratio*, aplicada únicamente en casos excepcionales (pues debe atenderse a otro tipo de medidas cautelares) y con una motivación sumamente fuerte.

La primera medida en contra del proceso viciado fue la audiencia de apelación a la prisión preventiva que tuvo lugar la Corte Provincial de Pichincha el 02 de mayo de 2019. En la diligencia el tribunal conformado por los jueces Inés Romero, Juana Pacheco y Fabián Fabara, negó la pretensión de revocar la figura de la prisión preventiva, ratificando la decisión del juez Rodolfo Navarrete, juez de Garantías Penales con competencia en infracciones Flagrantes del 12 de abril de 2019, fecha en la que se impuso prisión preventiva.

La segunda medida en contra de la prisión preventiva es la solicitud de audiencia de aplicación de la caución, que también fue negada por la jueza Yadira Proaño, en calidad de Jueza de Garantías Penales, mediante una resolución que fue tomada en dos horas de deliberación el pasado miércoles 29 de mayo de 2019.

Cuando a una persona le han imputado cargos y se le acusa formalmente ante un juez por el cometimiento de un delito, luego de que Fiscalía solicita prisión preventiva, puede aplicársele esta figura, siempre que hayan concurrido todos los requisitos necesarios previstos por la ley. Sin

²¹ Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135, párrs. 196 al 214.

embargo, el sistema penal denotando lo ofensivo que es la institución de la prisión preventiva, ha permitido crear la figura de la caución para suspenderla.

El Código Orgánico Integral Penal (COIP) establece en su artículo 543 que “la caución se dispondrá para garantizar la presencia de la persona procesada y suspenderá los efectos de la prisión preventiva”. Entonces, la caución es una especie de garantía que ofrece el privado de libertad para avalar –como se dijo- su comparecencia y el cumplimiento de medidas de reparación integral, en caso de sentencia condenatoria; es decir que se pretende asegurar ante el juzgador que el procesado no va a fugar. Por la situación en la que Bini se encontraba, la única forma de asegurar su comparecencia fue a través de la caución pecuniaria, es decir del ofrecimiento al juzgado de un valor en dinero determinado por la juzgadora, en efectivo, en cheque certificado o por medio de una carta de garantía otorgada por una institución financiera.

La figura de caución para ser aplicada, no tiene requisitos que cumplir, sin embargo tiene causales de inadmisibilidad. El artículo 544 del COIP establece que no se podrá aplicar caución para suspender la prisión preventiva en casos determinados, a saber cuatro: 1) En delitos en los que las víctimas son niñas, niños o adolescentes, personas con discapacidad o adultas o adultos mayores; que no es el caso, pues el delito por el que se acusa a Bini, de acuerdo a la Sección Tercera del Capítulo III del COIP, atenta contra la seguridad de los activos de los sistemas de información y comunicación, que no tiene relación directa con víctimas de esos grupos vulnerables. 2) En los delitos cuya pena máxima privativa de libertad sea superior a cinco años; que no es el caso pues el delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos es sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años, es decir no supera el estándar establecido. 3) Cuando la persona procesada por cualquier motivo ocasione la ejecución de la caución, que no es el caso pues de hecho, se le ha negado esta figura y no existía otra. 4) En delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, que no es aplicable.

Pese a que el proceso de Ola Bini no cumplía con ninguna de las razones por las que se pueda inadmitir la solicitud, la juzgadora decidió negar lo peticionado, estableciendo que: “hasta la presente etapa procesal no ha existido por parte de la persona procesada la voluntad de cooperar con la investigación”, “no adjuntan declaración alguna del impuesto a la renta que hagan a presumir a esta juzgadora con certeza la actividad laboral, del ciudadano”, y finalmente que:

el delito imputado al señor OLA METODIUS MARTIN BINI es un Delito abstracto, que no permite determinar quién es la víctima y cuál sería su monto de reparación, dejando constancia que no se ha determinado por parte de Fiscalía este particular, pero a esta Juzgadora le corresponde garantizar el derecho de la o las posibles víctimas del presunto delito, se llama la atención a Fiscalía por no determinar claramente la afección provocado o de la lesión generada por la conducta del procesado.

De lo anterior se denotan ciertas observaciones necesarias. La motivación de la sentencia aparentemente se funda en tres aspectos principales. La falta de cooperación por parte del imputado, la falta de certeza sobre un arraigo laboral y el error de fiscalía de no identificar una víctima del presunto delito.

Sobre el primer particular, llama la atención que la juzgadora está atribuyendo una obligación que no le corresponde al imputado. Al ser –como se dijo- la fiscalía la dueña de la acción penal, le incumbe al mismo aparataje de investigación probar la existencia y la responsabilidad de un delito.

Esto sin detrimento de que el procesado coopere o no. Entiéndase que lo que le corresponde – como facultad- a los sujetos pasivos del proceso penal es una defensa, que siendo un derecho no puede ser modificado como deber, menos aún como obligación sujeta a sanción. De esta forma es cuestionable que la juzgadora a modo de retaliación, utilice a “la falta de cooperación” como fundamento para negar la caución y suspensión de la prisión preventiva.

Sobre el segundo aspecto (ausencia de arraigo laboral), es necesario entender la figura de la caución. Cuando a una persona se le ha impuesto la medida cautelar personal de prisión preventiva, el ordenamiento frente a esta medida de *ultima ratio*, ofrece un remedio procesal a fin de que se garantice la comparecencia del imputado en lo que resta del proceso, hasta la sentencia condenatoria o ratificatoria del estado de inocencia. Así, se suele definir a la caución como:

“El compromiso, expreso o tácito, de buen comportamiento, entendido por lo general como inejecución de infracciones penales, garantizado o no por el propio delincuente o un tercero, con conminación o sin ella, para uno u otro, de sufrir, determinado quebranto económico si el sancionado faltare a su obligación, y contraído en cumplimiento de resolución judicial de fondo, enmarcada en la lucha contra la criminalidad”²².

De la cita anterior, en concordancia con la normativa penal, se obtiene que la caución es una garantía que ofrece el procesado para generar en el juzgador la confianza de que no habrá ausencia dentro del proceso penal, so pena de tener un grave detrimento económico. De ahí que la norma punitiva adjetiva, en ninguna parte de su articulado, prevea la necesidad de la presencia de otros arraigos (familiares, personales, laborales y demás) que garanticen la presencia del imputado; por el contrario, la certeza de este postulado, se funda en la consignación misma del valor y el riesgo de perderlo. De ahí que, solicitar más requisitos de los que la norma regula para otorgar una caución, genera un atentado contra la motivación de la sentencia, pues el fundamento jurídico-legal que constituye la sentencia, se encuentra viciado por no estar amparado de forma legal.

La Corte IDH ya ha establecido la necesidad de una sentencia con la explicación y congruencia normativa. Dentro del caso *García Ibarra y otros Vs. Ecuador* del año 2015, la Corte determinó que:

151. Para este Tribunal, una exposición clara de una decisión constituye parte esencial de una correcta motivación de una resolución judicial, entendida como “la justificación razonada que permite llegar a una conclusión”. En este sentido, la Corte ha considerado que el deber de motivar las resoluciones es una garantía vinculada con la correcta administración de justicia, que otorga credibilidad de las decisiones jurídicas en el marco de una sociedad democrática. Por ello, las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos deben estar debidamente fundamentadas, pues de lo contrario serían decisiones arbitrarias. En este sentido, la argumentación de un fallo y de ciertos actos

²² Manzanares J. (1997). La caución penal. Revista STS de 29 de mayo de 1997. Pág. 263

administrativos deben permitir conocer cuáles fueron los hechos, motivos y normas en que se basó la autoridad para tomar su decisión²³.

De la misma forma, en el caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador, el Tribunal recalca que:

(...) son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten **conforme a su propio ordenamiento**. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer la fundamentación suficiente que permita a los interesados conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad. (El énfasis me pertenece)

Respecto del último punto (la falta de identificación de víctimas), cabe indicar la grave problemática que constituye el negar un petitorio de un ciudadano privado de la libertad, por un error (que de acuerdo a la misma resolución de la juzgadora) es atribuible a la Fiscalía, a tal punto que la autoridad judicial llama la atención a la autoridad fiscal.

Este aglomerado de errores judiciales, conlleva unívocamente a determinar que la motivación de la sentencia no solo que es errada, sino que vulnera de forma flagrante los derechos de un ciudadano de atención prioritaria de acuerdo a la Constitución. Incluso, más allá de atentar contra el mismo derecho a una resolución motivada por autoridad judicial, este acto viciado podría generar detrimento en otros derechos conexos a la Tutela Judicial Efectiva. Así la Corte IDH en el Caso López Mendoza Vs. Venezuela, ha establecido:

148. Finalmente, la Corte ya ha señalado que el señor López Mendoza tuvo oportunidad de controvertir las consideraciones del Contralor a través de recursos posteriores (...). Sin embargo, el Tribunal considera que los problemas en la motivación (...) tuvieron un impacto negativo en el ejercicio del derecho a la defensa. La falta de motivación impedía un reexamen a profundidad sobre la argumentación (...). En este punto, el Tribunal reitera que la motivación demuestra a las partes que éstas han sido oídas y, en aquellos casos en que las decisiones son recurribles, les proporciona la posibilidad de criticar la resolución y lograr un nuevo examen de la cuestión ante las instancias superiores²⁴.

De este acápite se obtiene entonces que desde el fundamento de la prisión preventiva, ya existió un error judicial que ahora mantiene en privación de la libertad a un ciudadano por no existir sustento y justificación para la prisión preventiva; y sin embargo de ello, la situación se agravó cuando –buscando remediar esta problemática– se buscó la figura de la caución, siendo esta negada con una motivación que vulnera el principio del Debido Proceso y la Tutela Judicial Efectiva.

²³ Corte IDH. Caso García Ibarra y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de noviembre de 2015. Serie C No. 306, párr. 151

²⁴ Corte IDH. Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Serie C No. 233, párr. 148.

VIII. Configuración de la arbitrariedad de la prisión preventiva

Respecto de la arbitrariedad de la privación de la libertad, la Corte IDH, ya ha establecido líneas de jurisprudencia que permiten dilucidar si la prisionización es arbitraria o no. Así, el tribunal ha indicado que:

(...) nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que - aún calificados de legales- puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad²⁵

De la cita anterior se obtienen ciertos elementos a considerar en el caso particular. Sobre la negativa de brindar caución al procesado en cuestión, habiendo analizado la falta de motivación de la sentencia, principalmente en los tres puntos de fundamento, es notorio que -no existiendo cimiento para negar la figura- de forma imprevisible se ha tenido la ratificación de mantener la prisionización. Por supuesto, frente a la carencia de una motivación adecuada, la razonabilidad de la sentencia también se ve afectada. De la misma forma, tomando en cuenta que se le han impuesto al procesado deberes u obligaciones “de cooperación” no previstos en la ley, la retaliación de la juzgadora de negar la caución por tal fundamento, es por lo menos, desproporcional.

En el caso *Servellón García*, la Corte estableció que el artículo 7 de la Convención:

Consagra garantías que representan límites al ejercicio de la autoridad por parte de agentes del Estado. [La privación de la libertad] estará en concordancia con las garantías consagradas en la Convención siempre y cuando su aplicación tenga un carácter excepcional, respete el principio a la presunción de inocencia y los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática²⁶.

De este postulado y del análisis del acápite anterior se coliga que la prisión preventiva que pesa sobre Ola Bini: rompe el principio de presunción de inocencia en tanto se ha impuesto la medida de prisión preventiva cuando no se han cumplido los requisitos de contar con indicios que conlleven al posible cometimiento de un delito, menos responsabilidad por el supuesto cometimiento de la infracción (artículo 534 del COIP); y no hay necesidad de mantener la prisión preventiva cuando se desprende que la caución, acompañada de una medida cautelar personal diferente a la prisión preventiva, garantiza la comparecencia del imputado al proceso penal.

Ola Bini es acusado por un delito de ataque a la integridad de sistemas informáticos, que por su gravedad es sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años, en tanto no existe una grave conmoción social por el presunto cometimiento del delito (ni siquiera se han podido identificar víctimas). Pero aunque el delito sea sancionado con más años de privación de libertad, la Corte IDH, ha establecido que: “Las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión

²⁵ Corte IDH. Caso *Gangaram Panday*, párr. 47.

²⁶ Corte IDH. Caso *Servellón García y otros Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 21 de septiembre de 2006. Serie C No. 152, párr. 88.

preventiva²⁷; de ahí también que no exista proporcionalidad en el delito investigado y la sujeción reiterada a la prisión preventiva.

Por lo expuesto anteriormente, cabe entonces configurar una serie de actuaciones procesales vulneradoras de derechos, en contra de un ciudadano extranjero y ahora en situación de vulnerabilidad. Frente a ello, corresponde al Estado como garante de derechos, recibir la activación de garantías constitucionales a fin de frenar las vulneraciones al Debido Proceso, que se han constituido como resultado de una detención ilegal, y de una prisión preventiva arbitraria.

IX. De la naturaleza del *Habeas Corpus*

La acción de *Habeas Corpus* es la garantía tradicional que, en calidad de acción, tutela la libertad física o corporal o de locomoción a través de un procedimiento judicial que debe ser sumario, debiéndose tramitar este en forma de juicio. Particularmente, el *Habeas Corpus* debe extender su tutela a favor de personas que ya están privadas de libertad ya sea en condiciones ilegales o arbitrarias, justamente para hacer cesar las restricciones que han agravado su privación de libertad. La efectividad de la tutela del derecho que se busca ejercer con este recurso depende, en sumo grado, de que el trámite que se le dé a éste sea sumario, a efecto de que, por su rapidez, se transforme en una vía idónea y apta para llegar a una decisión efectiva del asunto lo antes posible y así cesar dicha violación²⁸.

El Habeas Corpus tiene una legitimación procesal amplia, debido a lo cual, cualquier persona, ya sea de forma individual o colectiva, pueda ejercer una garantía jurisdiccional, sin que esto excluya a la víctima de poder ser reparada integralmente debido a su derecho vulnerado; esto se debe a que tradicionalmente estas acciones se encontraban únicamente dirigidas, por la corriente política de la época, a limitar el poder estatal.²⁹

Por su parte el Artículo 43 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que la acción de hábeas corpus tiene por objeto proteger la libertad, la vida, la integridad física y otros derechos conexos de la persona privada o restringida de libertad, por autoridad pública o por cualquier persona. Por lo que dentro del presente caso, la acción jurisdiccional idónea es el habeas corpus.

X. De la protección del derecho a la libertad como fundamento del *Habeas Corpus*

El primer derecho que protege a favor de las personas la garantía jurisdiccional de Habeas Corpus, es la libertad. Al respecto, es menester expresar que el referido derecho se encuentra reconocido en el artículo 66 y en el numeral 29, literales a) y c) de la Constitución de la República del Ecuador, en los siguientes términos: "El reconocimiento de que todas las personas nacen libres"; y, "Que ninguna persona pueda ser privada de su libertad por deudas, costas, multas, tributos, ni otras obligaciones, excepto el caso de pensiones alimenticias". En función de aquello, el artículo 77 *ibídem*, en general establece garantías básicas, en los procesos penales en los que se hubiere privado de la libertad a una persona:

²⁷ Corte IDH. Caso García Asto y Ramírez Rojas Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2005. Serie C No. 137, párr. 106.

²⁸ CIDH. (2010). Informe Anual 2009. Washington DC: SIDA/ASDI. Pág. 167.

²⁹ Santamaría, R. Á. (2008). Ecuador Estado constitucional de derechos y justicia. Quito. Pág. 37

Artículo 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

1. La privación de la libertad NO será la regla general y se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones, y para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de jueza o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin formula de juicio por más de veinticuatro horas. Las medidas no privativas de libertad se aplicarán de conformidad con los casos, plazos, condiciones y requisitos establecidos en la ley.

5. Si la persona detenida fuera extranjera, quien lleve a cabo la detención informará inmediatamente al representante consular de su país.

14. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación de la persona que recurre. Quien haya detenido a una persona con violación de estas normas será sancionado. La ley establecerá sanciones penales y administrativas por la detención arbitraria que se produzca en uso excesivo de la fuerza policial, en aplicación o interpretación abusiva de contravenciones u otras normas, o por motivos discriminatorios. Para los arrestos disciplinarios de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, se aplicará lo dispuesto en la ley.

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos establece:

Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Bayarri vs. Argentina, mediante sentencia de 30 de octubre de 2008, señaló:

54. El artículo 7.2 de la Convención Americana establece que "nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas". Este Tribunal ha señalado que al remitir a la Constitución y leyes establecidas "conforme a ellas", el estudio de la observancia

del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho ordenamiento. Si la normativa interna no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana.

Expuesto aquello, es menester determinar que, el primer derecho protegido por el habeas corpus, se relaciona primordialmente con un control judicial de la privación de la libertad. A través de esta acción, la persona privada de la libertad, precisamente, cuestiona la constitucionalidad o legalidad de tal privación, materializada a través de sus distintas formas, a saber: detención, arresto, prisión. Respecto de este punto, la Corte se pronunció en dicho sentido, al señalar de forma enfática que el control que ejerce el habeas corpus sobre la privación de la libertad no se refiere únicamente a la detención o aprehensión dentro de un proceso ordinario o nacional. En la sentencia N.º 247-17-SEP-C dictada en el caso N.º 0012-12-EP, la Corte señaló lo siguiente:

... [C]abe indicar que en criterio de esta Corte, la "privación de la libertad" es un concepto amplio. En tal sentido, no se agota únicamente en la orden de aprehensión de una persona. A contrario sensu, la privación de la libertad comprende todos los hechos y condiciones en las que esta se encuentra desde que existe una orden encaminada a impedir que transite libremente -y por tanto, pase a estar bajo la responsabilidad de quien ejecute esta orden-, hasta el momento en que efectivamente se levanta dicho impedimento. Como consecuencia de esta definición amplia del concepto, se puede afirmar que una medida de privación de la libertad que inició siendo constitucionalmente aceptable, puede devenir en ilegal, arbitraria o ilegítima, o ser ejercida en condiciones que amenacen o violen los derechos a la vida o integridad de la persona, por hechos supervinientes.

Razón por la cual, el juez constitucional que conoce la garantía de habeas corpus, para resolver, se encuentra en la obligación de verificar que el acto que dio inicio a la privación de la libertad que se acusa, haya sido ordenado y ejecutado bajo los parámetros constitucionales y legales; y más importante, debe verificar que el presupuesto jurídico que funda la privación de la libertad, existe (elemento que se discute en esta acción). En función de aquello, tanto la Constitución como la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establecen medidas inmediatas respecto de la vulneración a este derecho; así conforme el artículo 89 de la Constitución, se establece que: "En caso de privación ilegítima o arbitraria, se dispondrá la libertad. La resolución que ordene la libertad se cumplirá de forma inmediata."

Por lo referido, se puede concluir, que los jueces constitucionales, al conocer la garantía de habeas corpus respecto a la afectación del primer derecho protegido, derecho a la libertad, centrarán su análisis respecto a la constitucionalidad, legalidad de la privación de la libertad, conforme a casos taxativos referidos en el párrafo precedente; y aquello, su vulneración, tiene como efecto, la orden de libertad inmediata a favor de la o el accionante.

XI. Solicitud

Conforme lo establece el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional solicitamos:

1. Se acoja el razonamiento técnico jurídico de la Fundación Regional de Asesoría en Derechos Humanos – INREDH en calidad de *Amicus Curiae*.
2. Considerando la complejidad que el presente caso atañe, como organismo de derechos humanos, solicitamos poder participar en la Audiencia Pública a desarrollarse el día 20 de junio de 2019 a las 16h00.

Notificaciones que me correspondan las recibiré en los casilleros judiciales electrónicos: garantias@inredh.org, legal@inredh.org, derechos@inredh.org, proteccion@inredh.org, defensores@inredh.org.

Como compareciente directo,

Alejandro Baño

Miembro Equipo Jurídico

FUNDACIÓN REGIONAL DE ASESORÍA

EN DERECHOS HUMANOS -INREDH-