

REPORTE DEL ESTADO DE LA PRISIÓN PREVENTIVA EN ECUADOR

DIEGO ZALAMEA LEÓN*

1. ANTECEDENTES:

1.1. Visión general: la reforma procesal penal en Ecuador

La aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal en el Ecuador se realizó el 13 de enero del año 2000. Esta norma puso en vigencia de forma inmediata algunos artículos que recogen en lo principal normas relativas al debido proceso, en tanto que la totalidad del nuevo sistema entró a regir el 13 de julio de 2001. El plazo de año seis meses que medió entre la aprobación y la aplicación del modelo acusatorio-oral tuvo como objeto el otorgar la oportunidad a que las instituciones realizaran todo el trabajo de adaptación necesario. Es importante destacar que Ecuador no optó por una entrada en vigencia escalonada, el sistema procesal penal entró en vigencia en simultáneo en todo el país.

Cuando se propuso el cambio de modelo en la justicia penal, hubo ofertas de variaciones profundos en materia de calidad del servicio, se hizo referencia a logros tales como: celeridad; consecución de seguridad ciudadana; realización efectiva de ciertos principios como la contradicción, concentración, intermediación, derecho a la defensa e igualdad de armas; mayor participación de las víctimas y de los acusados; transparencia y auditoria social mediante la publicidad; reestructuración administrativa y funcional de las instituciones; efectividad en la persecución criminal; reparto más lógico de las funciones de investigar, acusar, defender y administrar justicia; superar ciertos problemas endémicos como el abuso de la prisión preventiva, violaciones a los derechos fundamentales, secretismo

* Ecuatoriano, Magíster en Criminología de la Universidad del País Vasco. Jefe del Programa de protección a Víctimas y Director nacional de política penal (E) de la Fiscalía. Autor de varios diseños de gestión institucional para el sistema oral. Consultor en proyectos del Banco Mundial, CEJA y USAID; Coordinador de la Asociación de Facultades de Jurisprudencia y Docente Universitario.

de los procesos, hermetismo en el funcionamiento de las instituciones, olvido de las víctimas, divorcio con la sociedad y el ciudadano común, formalismo, ritualismo e indiferencia por los resultados en materia de servicio al público y finalmente una vieja aspiración de la justicia penal ecuatoriana, la creación de una institución técnica que otorgue el servicio de defensa penal. De manera lamentable, una de las características del período de impulso de la reforma fue el instaurar un debate centrado en el aspecto discursivo, en general no existió un proceso de producción estadística de la realidad, ni una proyección de las metas esperadas, en este sentido se perdieron una serie de referentes válidos para evaluar sus consecuciones y otorgar criterios claros a los actores para direccionar prácticas.

En este sentido, los mismos propulsores colocaron una vara alta con la cual medir a este proceso que estaba por nacer, debido a que hubo una relación directa entre la oferta realizada y las expectativas generadas. La reforma procesal penal constituye un hito para la justicia ecuatoriana, es el primer paso, tendiente a una transformación integral del sistema de justicia, cuyo ideario se recogió de manera original en la Constitución del año 1998 y tenía por pilar la plena vigencia de las normas del debido proceso y el modelo dispositivo-oral. Es importante destacar que es la primera experiencia en el proceso reformista y a pesar de que en materia legislativa y de implementación sufrió un sinnúmero de debilidades, ha sido en la rama jurídica donde se ha verificado un real esfuerzo por conseguir cambios palpables. En las restantes áreas que el proceso ha alcanzado, como el derecho laboral y el derecho de niños, niñas y adolescente, hasta la fecha los procesos de implementación han sido en extremo pobres y es legítimo discutir si en realidad han existido¹.

Con el objeto de otorgar una idea más clara del proceso de reforma sufrido en Ecuador, es útil diferenciar dos momentos distintos, el trabajo realizado para conseguir la aprobación normativa y el efectuado para la implementación: en la primera etapa existió una importante movilización de la sociedad civil, académica y del sector público, la misma que consiguió introducir en la mesa del debate el sistema de justicia penal; proceso que llegó, incluso a permear a un cierto sector de la ciudadanía, aspecto que no deja de ser destacable en una sociedad, donde la mayor parte de sus integrantes suelen

¹ El caso de la reforma laboral es gráfico, la debilidad de la implementación llegó a tal extremo que en el tema netamente jurídico, en lo básico consistió en agregar al articulado vigente un par de audiencias. En tanto que en la implementación, no ha existido esfuerzo alguno, ni siquiera una capacitación seria a los actores.

mantenerse ajenos a estos procesos. Una vez aprobado el nuevo Código de Procedimiento Penal, se entra a una segunda etapa marcada por una rápida pérdida de vigor en el proceso, de hecho el criterio que la define, es la escasa planificación y casi nula implementación, en gran medida el proceso quedó confiado al sano entender de los actores. La falta de una imagen clara del vuelco que significaba para el sector justicia y la sociedad ecuatoriana, el introducir un nuevo modelo de justicia penal, produjo que la reforma fuese tomada como si se tratase de un simple cambio legislativo, por ese motivo, se pensó que para enfrentarlo bastaba con difundir entre los actores los conocimientos de un cuerpo legal y se dejó de lado temas claves como: el rediseño funcional de las instituciones, revisión integral de los procesos y flujos internos, incorporación de nuevos perfiles profesionales, formación en habilidades requeridas para los nuevos perfiles, desarrollo de herramientas informáticas, etc.

1.2. Visión general: prisión preventiva

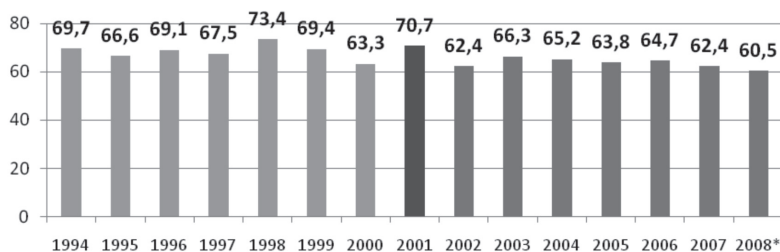
La prisión preventiva ha sido uno de los problemas más serios de legitimidad que ha tenido de manera tradicional el sistema procesal penal en el Ecuador, con el efecto de reflejar la situación actual es útil destacar ciertas cifras que reflejan su repercusión. Como se anotó en el numeral anterior ello llevó a que uno de los motivos esgrimidos para sustentar el cambio normativo, fuese el relacionado con la consecución de una variación importante en el funcionamiento de esta medida cautelar. A pesar de no haber tenido este discurso una base empírica, basada en hitos fundamentales tales como la línea de base y las metas prefijadas; se forjaron una serie de frase tipo que en base a una repetición más o menos sistemática terminaron por permear al menos en buena parte de los profesionales del derecho; por ejemplo: “con el sistema escrito se detenía para investigar, con el modelo oral se investigará para detener”, “con el sistema oral se terminará este tráfico de boletas de detención y excarcelación” y “se acabó la práctica de encarcelar como mecanismo para cobrar deudas”.

Pero desde el punto de vista más conceptual, el discurso utilizado careció de profundidad. Un ejemplo gráfico de esta realidad, consistió en la poca discusión sobre las variaciones estructurales que conllevaba el nuevo esquema funcional; de hecho en términos generales el avance que fue vendido consistió en destacar que se privaba de iniciativa para que se adopte esta medida cautelar al acusador particular; sin negar que este aspecto pueda tener interés, pero el debate fue ligero y no llegó a abarcar los cambios en realidad profundos.

a) Uso de la prisión preventiva en razón del número de privados de libertad. A pesar del tradicional divorcio del sector justicia ecuatoriano, con la evaluación y medición de la realidad de la calidad de servicio público que presta, gracias a la Dirección Nacional de Rehabilitación social, que a lo largo del tiempo ha llevado datos de la incidencia de presos sin sentencia en el total de internos, es posible graficar de manera clara la magnitud del problema y su incidencia en la legitimidad del sistema penal. Con el objeto de reflejar el alcance adquirido por esta problemática, se ha tomado como base el año en que entró la reforma y períodos similares (7 años) antes y después de este hito

Cuadro 1

PORCENTAJE DE PRESOS SIN SENTENCIA EN RELACIÓN AL TOTAL DE INTERNOS POR AÑO



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.

Las cifras otorgadas por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social permiten sacar un par de conclusiones referentes a la incidencia de la prisión preventiva en el total de la población penitenciaria: el promedio de presos sin sentencia en Ecuador durante estos 15 años corresponde a 66,3%, esto quiere decir que 2 de cada 3 internos han sido presos preventivos. La disparidad existente entre presos preventivos y condenados –2 a 1–, de por sí refleja una desproporción en la tendencia de utilizar la privación de libertad de carácter cautelar en relación a la capacidad estatal de llevar hasta el final la persecución penal, este solo hecho ilegítima el uso que de ella se hace, porque refleja con claridad que la mayoría de los encarcelamientos cautelares terminan por ser aplicados a personas que nunca perderán su estatus legal de inocentes². Si se parte de que la naturaleza cautelar de la prisión preventiva como se analizará más adelante, conlleva como uno de sus requisitos³ el análisis de que el

² Es importante anotar que la proporción es bastante más de la mitad de presos preventivos que no serán condenados, porque el tiempo máximo de la prisión preventiva es de un año, por tanto varias veces inferior al promedio de las condenas; en este sentido para mantener una proporción estable en las cárceles de 2 a 1 se requiere una alta población preventiva que se renueve constantemente.

³ De hecho el más elemental.

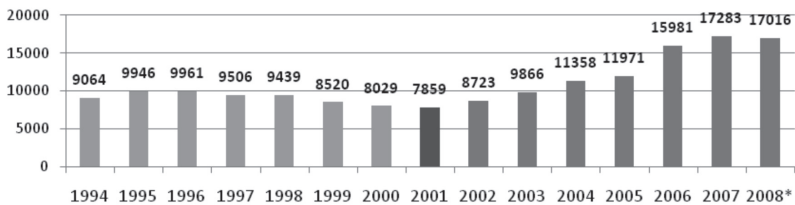
caso reúne los elementos suficientes como para que sea previsible que llegue a juicio⁴, no resulta posible explicar estas cifras sin reconocer una grave distorsión funcional.

Si se realiza un análisis comparativo, tomando como punto de ruptura el año en que entró en vigencia el nuevo Código de procedimiento penal, se observa que el período anterior alcanza 68,4% de presos preventivos, en tanto que en el posterior llega a 63,6%. Es claro que hay una reducción, pero por lo modesto del resultado dista mucho de la oferta de: "limitar el abuso de la prisión preventiva"; de hecho, una conclusión más adecuada sería anotar que el efecto alcanzado, consistió en consolidar el tradicional abuso, esta vez bajo la etiqueta de la oralidad.

Un dato anecdótico es que en el año que entró en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal (2001), fue precisamente el que marcó una ruptura a la alza en la aplicación de esta medida cautelar, pues como se puede comprobar, quebró una racha descendente en el porcentaje de presos sin sentencia y fijó uno de los picos más significativos de toda la curva; este dato marcó una de las mayores decepciones de las personas que realizaban un seguimiento a la realidad del funcionamiento del sistema penal ecuatoriano, incluso llevo a una profunda frustración de un sector importante del movimiento reformista.

Cuando se profundizó en el análisis y se trabajó con referentes distintos a porcentajes, se pudo acceder a datos que permiten reflejar otras caras de la realidad:

Cuadro 2
NÚMERO DE INTERNOS A NIVEL NACIONAL POR AÑO



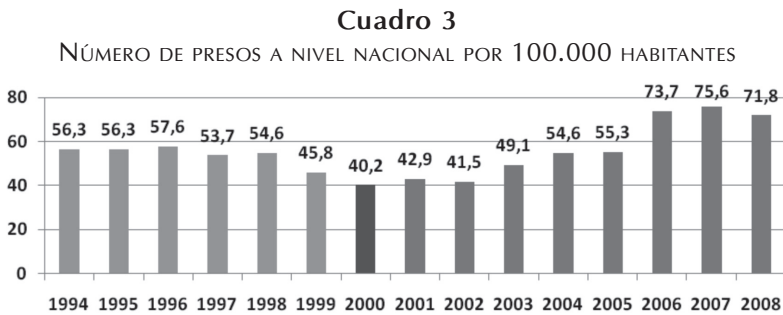
Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad

⁴ Incluso como más adelante se analizará la interpretación se rige solo por el texto legal, se puede sostener que el estándar puede ser más alto, porque las 2 exigencias consagradas en el artículo 167 a este respecto: indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública e indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice, pueden interpretarse como muy cercanos al estándar requerido para la condena.

Este enfoque revela una realidad un tanto desconcertante, la entrada en vigencia del nuevo sistema marcó un punto de inflexión en el cual el número de internos que caía de manera reiterativa durante 5 años, se revierte y adquiere una tendencia inequívoca al alza, de hecho en los últimos 7 años la población penitenciaria ha crecido en más del doble. Esta realidad ha tenido un impacto directo en las condiciones de vida de los internos y ha generado un problema social grave; su magnitud se obtiene, al comparar esta tendencia creciente en la población penitenciaria, versus el estancamiento de la infraestructura física disponible –capacidad de 7.477 internos–.

Con el objeto de introducir la variable de la población en el estudio, se optó por reflejar la incidencia en relación a la población, en concreto cifrado por el número de privados de libertad por cada 100.000 habitantes:



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad

El efecto que se produce al observar el fenómeno de la población penitenciaria desde la perspectiva del crecimiento poblacional, consiste en morigerar el brusco crecimiento de los últimos 8 años, pero de ninguna manera cuestiona la tendencia.

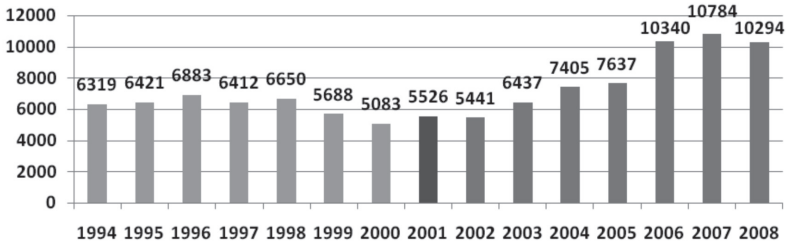
El brusco ascenso en el número de internos condujo a la necesidad de abandonar el estudio basado únicamente en porcentajes y la necesidad de introducir un nuevo referente, porque el aumento registrado en el total de presos preventivos, sin lugar a dudas que constituye una variable que tiene el potencial para afectar a la realidad de la comprensión de la prisión preventiva.

La tendencia es clara y es innegable el efecto que en realidad produjo el nuevo Código de Procedimiento Penal, para graficar la variación sufrida, basta anotar que la cifra de presos preventivos que

presentaba el último año del sistema escrito –2000– frente al 2008, refleja que el número de presos preventivos pasó de 5.083 a 10.294. Por tanto resulta que el efecto realmente conseguido consistió en duplicar el número de personas sometidas a esta medida cautelar en un lapso de 8 años, en un país que presenta un crecimiento poblacional que se ubica en el 1,9% anual⁵.

Cuadro 4

NÚMERO DE PRESOS PREVENTIVOS A NIVEL NACIONAL POR AÑO



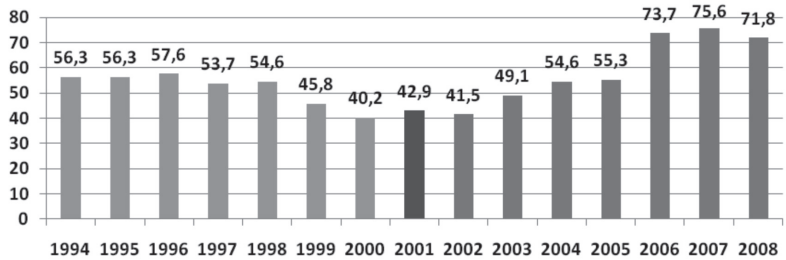
Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad

Con el objeto de eliminar la distorsión que pudiese traer el incremento poblacional una vez más se realizó un cálculo en base a los datos de la Dirección Nacional de Rehabilitación Social en relación al incremento poblacional según las cifras oficiales del INEC y los resultados han sido los siguientes:

Cuadro 5

NÚMERO DE PRESOS PREVENTIVOS A NIVEL NACIONAL POR 100.000 HABITANTES



Fuente: Dirección Nacional de Rehabilitación Social

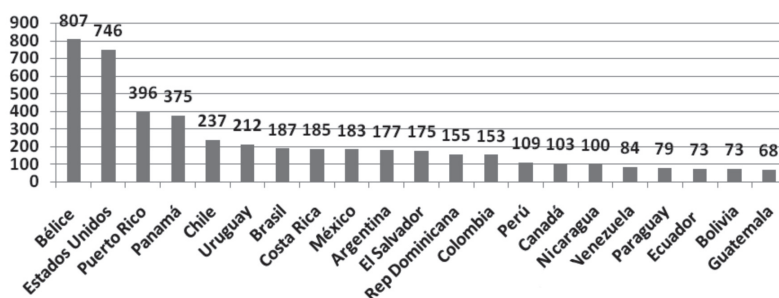
* El año 2008 está cortado a abril. Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.

⁵ El análisis en profundidad si fue realmente el sistema oral el que produjo este resultado se lo reserva para más adelante.

Como se puede ver con esta nueva variante la tendencia se morige-
ra, pero resulta claro que se mantiene la escalada que ha significado
el sistema oral para los presos preventivos.

Para terminar este análisis resulta de interés, introducir una pers-
pectiva regional referida la número de privados de libertad por cada
100.000 habitantes.

Cuadro 6
NÚMERO DE PRESOS POR 100.000 HABITANTES (AÑO 2004)



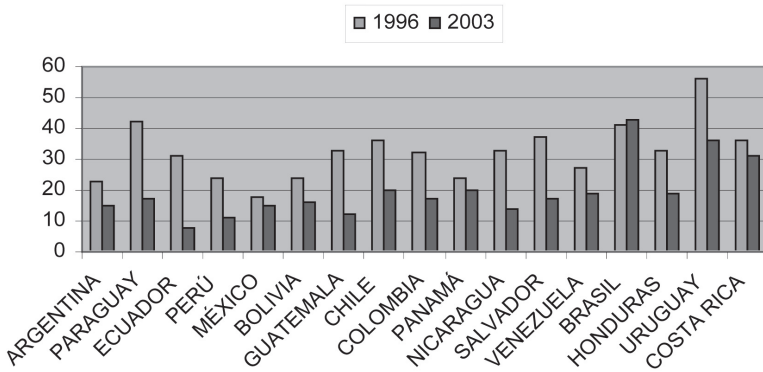
Fuente: *Reporte Sobre la Justicia de las Américas*⁶.

Es importante introducir la perspectiva regional porque como se pue-
de ver, la tendencia de crecimiento detectada en los últimos años, lo
único que aparentemente haría es aproximarle al Ecuador a la media
de la región; en este sentido, en realidad no existe un problema de
sobreencarcelación. Dado que este dato es un tanto inquietante, se
requiere intentar una explicación; a pesar de que con los datos exis-
tentes no se puede proponer una conclusión clara, resulta útil al me-
nos analizar unas cuantas explicaciones posibles: la primera, podría
ser que esta cifra se deba a un régimen con altos niveles de respeto
a los derechos individuales que limite la privación de libertad; pero
cuando se observan los datos del porcentaje de presos sin sentencia,
resulta difícil sostener esta hipótesis. Una segunda opción posible
sería el que se trate de una sociedad pacífica con una baja incidencia
criminal; a pesar de que no se han desarrollado estudios que tiendan
a aproximarse a esta realidad de una manera más o menos sustentada,
esta conjetura al menos se confronta con la experiencia diaria de sus
ciudadanos. La tercera explicación posible se relaciona con un esta-
do con una baja presencia en la sociedad, donde un porcentaje más
elevado de lo normal de la conflictividad se canaliza por instancias

⁶ CEJA (2005), *Reporte sobre la Justicia en las Américas 2004-2005*, p. 22, Santiago.

ajenas a las vías institucionales; dada la historia reciente de la falta de institucionalidad estatal en todos los ámbitos que se ha evidenciado en estas dos últimas décadas, parece ser una explicación bastante más cercana a la realidad social ecuatoriana; de hecho hay estudios que si bien no demuestran en su integridad esta postura, sí apuntalan esta hipótesis:

Cuadro 7
ÍNDICE DE CONFIANZA EN EL SISTEMA DE JUSTICIA



Fuente: *Latinobarómetro*⁷

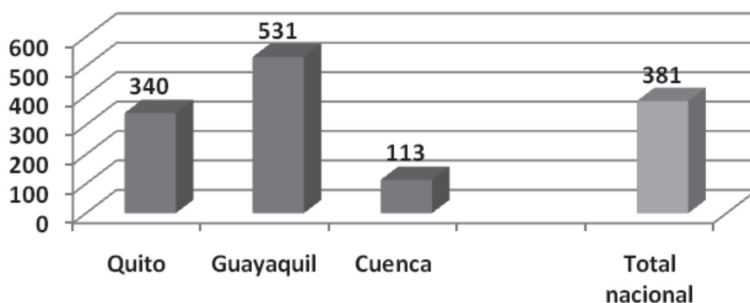
Como se puede ver para el año 2003 Ecuador era el país que más baja confianza tenía en el sistema judicial en la región, y de manera adicional frente al año 1996 es uno de los que mayores caídas presenta.

b) Uso de la prisión preventiva en razón del tiempo. En la región existe ya una conciencia de que el fenómeno del abuso de la prisión preventiva es de naturaleza compleja, y sus múltiples aristas van más de una aplicación indiscriminada. Esta realidad ha permitido que se realicen estudios por ejemplo de los lapsos temporales que deben enfrentar los detenidos hasta el día del juicio. El primer referente disponible guarda relación con el lapso que medió entre la detención y el juicio⁸.

⁷ Estudio disponible en: <http://www.latinobarometro.org>

⁸ Zalamea, Diego y Cordero, Sandra (2006), Segunda evaluación del sistema Procesal Penal, p. 101 y ss. Fundación Esquel: Quito.

Cuadro 8
 PROMEDIO DE DÍAS DESDE LA DETENCIÓN HASTA EL JUICIO

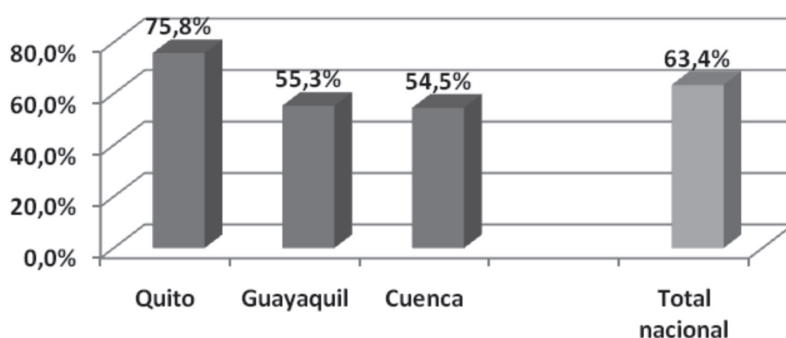


Fuente: Fundación Esquel.

La cifra que refleja el promedio nacional de por sí muestra que la variable tiempo de empleo deslegitima la forma como se ha aplicado la prisión preventiva. Por compleja que sea la investigación resulta inadmisibles el tiempo promedio que se alcanza; a pesar de que por mandato legal desde que inicia la prisión preventiva en ningún caso por mandato legal, la investigación podría superar los 90 días.

Para tener una visión de la magnitud del problema, es de interés introducir una variante que afecta de manera relevante al tema tiempo de privación de libertad: la incidencia de enjuiciados en flagrancia:

Cuadro 9
 PORCENTAJE DE CASOS FLAGRANTES FRENTE A LA TOTALIDAD DE SENTENCIAS



Fuente: Fundación Esquel.

Al amalgamar la cifras del tiempo de detención y el porcentaje de casos en flagrancia, se obtiene una perspectiva más real del problema de legitimidad que se enfrenta, debido a que de manera habi-

tual, en este tipo de infracciones desde el primer momento se cuenta con casi la totalidad de la información requerida y no hay motivo para que la investigación no se cierre en un par de semanas. Bajo esta óptica, la realidad es que se alcanza un promedio de privación de libertad hasta la sentencia de 381 días, a pesar de que el 63,4% de los casos que llegan a juicio son flagrantes⁹. Además, resulta llamativo que las dos grandes ciudades donde el problema se vuelve realmente inmanejable sean precisamente las que mayor incidencia de delitos flagrantes presentan.

A manera de conclusión se puede anotar que en conjunto los problemas de ilegitimidad en el manejo de la prisión preventiva en Ecuador son de magnitud y se manifiestan en dos ejes: un exagerado número de presos preventivos en relación a la población privada de libertad y en segundo lugar el promedio cada privado pasa tiempos en extremo largos bajo esta condición cautelar. Se deja constancia de que, debido a que por el momento no se cuenta con los elementos de juicio necesarios, se reserva para más adelante el análisis de si el sistema oral tiene o no capacidad para influir en la aplicación de la prisión preventiva.

c) Empleo de la prisión preventiva de manera ilegal. En los últimos meses una institución pública nueva, la Unidad Transitoria de Defensoría Pública ha conseguido logros institucionales relevantes y con ellos se ha evidenciado una faceta del uso de la prisión preventiva, que si bien había una percepción, hasta el momento no había cifras para relevarlos.

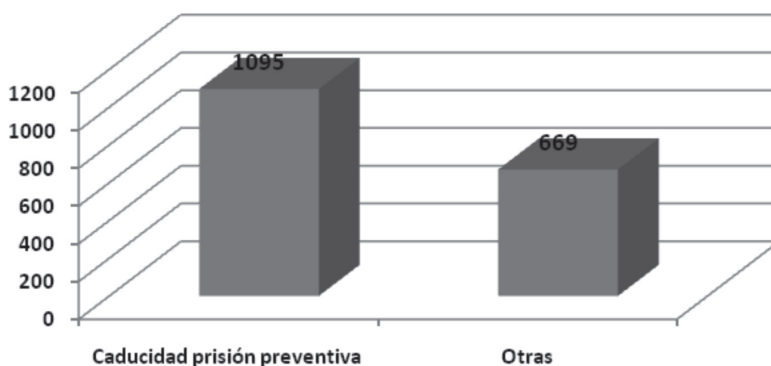
Esta institución es creada mediante Decreto ejecutivo Nro. 563 publicado en el registro oficial Nro. 158 del miércoles 29 de agosto de 2007 y su real funcionamiento se inicia en los primeros meses de 2008. A pesar de su escaso tiempo de vigencia, consigue la excarcelación de un número relevante de detenidos, con una especial incidencia en presos ilegales en razón de la caducidad de la prisión preventiva¹⁰.

⁹ Se debe tomar en cuenta que hay razones para pensar que la realidad haya mejorado, porque estos datos se tomaron en el período que estuvo vigente la “detención en firme”, figura que como más adelante se anotará fue creada para evadir la caducidad de la prisión preventiva establecida por mandato constitucional. Lamentablemente no existe un estudio más actualizado sobre este tema.

¹⁰ A pesar de que como se analizará más adelante, la garantía de la caducidad ha sido de manera ilegítima reducida en su margen de acción en razón de una ley interpretativa que vulnera el mandato constitucional.

Cuadro 10

NÚMERO DE INTERNOS QUE RECUPERARON LA LIBERTAD EN RAZÓN DE LA CAUSA



Fuente: Unidad Transitoria de Defensoría Pública.

* Ámbito: nacional, universo de liberados.

Como se puede apreciar el 62% que ha recuperado su libertad gracias a la gestión de esta institución, ha sido a causa de la caducidad de la prisión preventiva; a pesar de que en la otra categoría se amalgaman un número de causas legales que superan la decena, todas juntas llegan al 38%.

Es importante anotar que esta institución atacó de manera intensiva este problema y en este momento si bien no se puede hablar que el problema ha desaparecido, pero su impacto ha pasado a ser marginal. A pesar de ello, es importante ocuparse de la realidad que tradicionalmente se ha vivido, si se parte de la cifra de presos preventivos del año 2007, se verá que el 10% de los privados la libertad de manera cautelar permanecían en la cárcel por la incapacidad estatal de realizar seguimiento a un control elemental como el tiempo de privación de libertad. Esta realidad es a su vez un indicador de un problema más amplio, si no se efectúa un seguimiento referido a un punto básico y sencillo como el lapso de detención, resulta ilusorio creer que hay un seguimiento a la necesidad actual del mantenimiento de la medida cautelar.

Como se puede ver en Ecuador las vertientes de ilegitimidad del uso de la prisión preventiva son múltiples y el diagnóstico realizado, se ve corroborado con una cierta trayectoria de condenas recibidas por la jurisdicción internacional de los Derechos Humanos debido a violaciones en esta materia. La presencia de casos paradigmáticos como Suárez Rosero, Tibi y Chaparro Lapo, han sacado a relucir

una amplia gama de violaciones relacionadas con la privación de libertad y el empleo de la prisión preventiva; para efectos de otorgar un cierto orden se las ha agrupado de acuerdo a su naturaleza. En primer lugar violaciones relacionados con la detención y el procedimiento previo a la resolución de prisión preventiva: privación de libertad arbitrarias e incumplimiento de requisitos legales y trámite procesal¹¹; detenciones sin orden judicial¹²; incumplimiento de la obligación de llevar sin demora la persona para que un juez revise la legalidad de la privación de libertad¹³; detenciones sin informar su causa o motivo¹⁴; mantener incomunicado al privado de libertad¹⁵; empleo de la incomunicación de forma que cabe dentro del estándar de trato cruel inhumano y degradante¹⁶. En segundo lugar se hallan las violaciones relacionadas con la propia resolución de la prisión preventiva: falta de cumplimiento de los requisitos de supuesto material –mérito sustantivo– y necesidad de cautela¹⁷, ausencia de motivación en las resoluciones de prisión preventiva¹⁸. Por último, acciones posteriores a la resolución: falta de control permanente de que las causas y fines de la prisión preventiva justifiquen su mantenimiento¹⁹; uso de la prisión preventiva fuera del estándar de plazo razonable²⁰; empleo de la prisión preventiva no acorde al principio de presunción de inocencia²¹; falta de argumentación de pedidos tendientes a revisar la necesidad de la medida cautelar²²; incumplimiento de su deber de adecuar su normativa jurídica para garantizar que las personas sean juzgadas en un plazo razonable, en razón de imponer excepciones por el tipo de delito; negar el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo destinado a que un juez o tribunal revise la legalidad de la detención²³.

¹¹ Caso Suárez Rosero párrs. 44 -47. Caso Tibi párrs. 95-103.

¹² Caso Suárez Rosero párr. 56. Caso Chaparro y Lapo párr. 66.

¹³ Caso Chaparro y Lapo párrs. 84-86. Caso Tibi párrs. 114-119.

¹⁴ Caso Chaparro y Lapo párrs. 71-73. Caso Tibi párrs. 108-113 y 185-189.

¹⁵ Caso Suárez Rosero párrs. 50-52.

¹⁶ Caso Suárez Rosero párrs. 90-92.

¹⁷ Caso Chaparro y Lapo párrs. 101-119. Caso Tibi párrs. 104-107.

¹⁸ Caso Chaparro y Lapo párrs. 98-119.

¹⁹ Caso Chaparro y Lapo párrs. 106-119.

²⁰ Caso Suárez Rosero párrs. 68-75. Caso Tibi párrs. 166-177.

²¹ Caso Suárez Rosero párrs. 76-78. Caso Tibi párrs. 178-183.

²² Caso Chaparro y Lapo párrs. 101-119.

²³ Caso Suárez Rosero párr. 66, 68. Caso Tibi párrs. 126-138

2. MARCO LEGAL

Es importante adoptar cuatro perspectivas para analizar el tema de la prisión preventiva: la primera el marco constitucional en el que se reguló esta medida cautelar; la segunda, la forma como se la ha regulado; en tercer lugar, el marco legal en relación a las otras medidas cautelares, y la última, referente a la posibilidad de instaurar el diseño acusatorio oral para esta resolución. La evaluación de las normas se efectuará en base a dos criterios, el primero de carácter negativo, donde el criterio se basará en no impedir que la filosofía a establecer se realice; el segundo nivel de naturaleza proactiva, se basa en la constatación de que la norma estimule el cumplimiento de los principios que el sistema quiere defender.

a) Marco Constitucional. Para analizar el marco jurídico que ha regulado la prisión preventiva, es útil partir de las normas constitucionales que sirvieron de soporte para su estructuración y de piedra de tope para su vigencia. En este caso concreto es de interés registrar la normativa pertinente, en 3 Constituciones sucesivas; el análisis hace referencia exclusivamente a las normas que tiene repercusión en la prisión preventiva, por razones de espacio se han dejado de lado otros temas colaterales como los recursos para revisar la legalidad de la detención.

Constitución 1978-1998	Constitución 1998-2008	Constitución vigente
<p>Art. 19.- Toda persona goza de las siguientes garantías:</p> <p>h) nadie es privado de su libertad sino en virtud de orden escrita de autoridad competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante.</p>	<p>Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:</p> <p>6. Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas...</p> <p>8. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce la causa...</p>	<p>Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:</p> <p>1. La privación de la libertad se aplicará excepcionalmente cuando sea necesaria para garantizar la comparecencia en el proceso, o para asegurar el cumplimiento de la pena; procederá por orden escrita de juez o juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades establecidas en la ley. Se exceptúan los delitos flagrantes, en cuyo caso no podrá mantenerse a la persona detenida sin fórmula de juicio por más de veinticuatro horas. La jueza o juez siempre podrá ordenar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva.</p> <p>9. Bajo la responsabilidad de la jueza o juez que conoce el proceso, la prisión preventiva no podrá exceder de seis meses en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año en los casos de delitos sancionados con reclusión.</p> <p>Si se exceden estos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto.</p> <p>11. La jueza o juez aplicará de forma prioritaria sanciones y medidas cautelares alternativas a la privación de libertad contempladas en la ley.</p>

La matriz inserta resulta gráfica para demostrar que en la sociedad ecuatoriana ha existido una progresiva toma de conciencia sobre la relevancia que un manejo adecuado de la prisión preventiva tiene para un estado de derecho; estos tres hitos dibujan una tendencia conceptual clara: el punto base –Constitución de 1978–, muestra una concepción donde la prisión preventiva no era objeto de interés, de hecho, no hay norma que regule de manera expresa su funcionamiento, el marco constitucional se circunscribe a regular los supuestos para una privación de libertad legítima. El estado intermedio se ve reflejado por la Constitución de 1998, donde se evidencia ya una preocupación por esta figura procesal, en concreto se eleva a derecho constitucional, el plazo máximo de vigencia de esta medida cautelar. Por último, la Constitución de 2008, consagra de manera bastante completa los estándares aceptados internacionalmente para la legitimidad de esta figura procesal: Regula con claridad su naturaleza cautelar y restringe su esfera de acción al peligro de fuga, alternativa respetuosa de su naturaleza; regula de manera clara su carácter de medida excepcional; establece de manera taxativa su carácter subsidiario, su aplicación está condicionada a que las medidas de menor intervención no basten para cumplir sus fines cautelares; recoge plazos para su vigencia; reconoce la facultad de los juzgadores de en cualquier momento revisar esta medida y poder sustituir por medidas que impliquen menor restricción a los derechos del procesado²⁴. El proceso de construcción de las garantías constitucionales ha tenido un influjo profundo en el desarrollo legislativo de esta figura procesal en el marco legislativo.

b) Regulación de la prisión preventiva. Un primer dato llamativo, a pesar de que el nuevo Código de Procedimiento Penal, propuso una serie de variaciones profundas en el funcionamiento de la prisión preventiva, resulta curioso que la regulación a primera vista parece muy similar a la establecida el anterior modelo procesal.

²⁴ En este punto se queda un tanto corto frente a los estándares de la legislación internacional de Derechos Humanos, porque la Corte Interamericana ha establecido la obligación del Estado de revisar la necesidad de mantener esta medida cautelar, mientras que la Constitución se limita a otorgar la facultad.

Anterior Código	Código Actual
<p>Art. 170. - A fin de garantizar la inmediación del acusado con el proceso, el pago de indemnización de daños y perjuicios al ofendido y las costas procesales, el juez podrá ordenar medidas cautelares de carácter personal o real.</p> <p>Art. 177.- El juez podrá dictar auto de prisión preventiva cuando lo creyere necesario, siempre que aparezcan los siguientes datos procesales:</p> <p>Indicios que hagan presumir la existencia de un delito que merezca pena privativa de libertad;</p> <p>Indicios que hagan presumir que el sindicado es autor o cómplice del delito que es objeto del proceso.</p> <p>En el auto se precisarán los indicios que fundamentan la orden de prisión.</p> <p>Art. 179.- Si de los antecedentes procesales se estableció que el objeto del proceso es de aquellos sancionados con una pena que no exceda de un año de prisión y que el acusado no ha sufrido condena anterior, el Juez se abstendrá de dictar el auto de prisión preventiva.</p>	<p>Art. 167.- Prisión preventiva.- Cuando el juez lo crea necesario para garantizar la comparecencia del imputado a acusado al proceso o para garantizar el cumplimiento de la pena, puede ordenar la prisión preventiva, siempre que medien los siguientes requisitos:</p> <p>Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública;</p> <p>Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y,</p> <p>Que se trate de un delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año.</p> <p>Art. 168.- Competencia, forma y contenido de la decisión.- El auto de prisión preventiva solo puede ser dictado, por el juez o tribunal competente, por propia decisión o a petición del fiscal...</p> <p>Art. 169.- Caducidad de la prisión preventiva.- La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en los delitos sancionados con reclusión...</p>

Un análisis comparativo estricto entre los dos marcos legales lleva a la conclusión que no hubo rupturas profundas en cuanto a la concepción misma de la medida cautelar. De hecho los dos elementos básicos de esta figura –supuesto material y necesidad de cautela– están recogidos de manera muy similar. Una aproximación más detallada, lleva a la conclusión que existieron básicamente tres cambios referidos:

El primero, cuya relevancia se evidencia, cuando se parte de que en un proceso de reforma la ley es una herramienta política que debe incentivar el cambio propulsado, y en este sentido, no sería justo dejar de anotar que hubo un avance sustancial. Debido a que si bien la anterior normativa reconocía la escancia cautelar de la medida, pero como se puede notar en la matriz adjunta, fue regulada en una norma general que incidía en todas las medidas cautelares, pero en la práctica esta fórmula hizo que los actores marginasen este elemento propio de su estructura y se arraigaron usos en los que el único requisito efectivamente requerido para la aplicación de esta medida cautelar fue el supuesto material. Por ello es que la re-

forma procesal penal en Ecuador tuvo que enfrentar una cultura que había impuesto que la aplicación de la prisión preventiva estuviese divorciada de su esencia: naturaleza cautelar. Es importante dejar constancia de que este cambio no fue casi discutido y de hecho pasó desapercibido para la gran mayoría del sector justicia

La segunda variación fue en realidad la que los impulsores de la reforma mayor relevancia le otorgaron al momento de la difusión; en lo básico consistió en eliminar la iniciativa que tenía el acusador particular para solicitar la adopción de la privación de libertad cautelar; con respecto a su efectividad el análisis se lo reserva para más adelante.

El último cambio consiste en que el nuevo Código reguló en la norma legal el plazo máximo de vigencia establecido en la Constitución desde el año 1998. Al ya haber estado en vigencia por un par de años en razón de la norma suprallegal, fue un avance en materia de coherencia normativa, pero desde la perspectiva práctica trajo muy poco influjo²⁵.

Si el enfoque se centra en las debilidades, por el momento vale la pena destacar un par de temas centrales. Si el análisis se centra en el supuesto material existe una debilidad²⁶; merece una crítica el haber adoptado una fórmula que era propia de la prueba tazada, ya que el establecer “indicios suficientes de la existencia de un delito” e “indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice” como estándar en un sistema de libre valoración de la prueba, se puede entender como suficiente para una condena²⁷ y ello causaría un problema serio de funcionalidad. A pesar de que

²⁵ Es importante anotar que a partir de 1992 ya había un plazo de prescripción que estaba regulado en el Código penal en el artículo innumerado luego del 114, el mismo que prescribe: *“Las personas que hubiesen permanecido detenidas sin haber recibido auto de sobreseimiento o de apertura al plenario por un tiempo igual o mayor a la tercera parte del establecido por el Código Penal como pena máxima para el delito por el cual estuvieren encausadas, serán puestas inmediatamente en libertad por el juez que conduzca el proceso. De igual modo las personas que hubieren permanecido detenidas sin haber recibido sentencia, por un tiempo igual o mayor a la mitad del establecido por el Código Penal como pena máxima por el delito por el cual estuviesen encausados, serán puestas inmediatamente en libertad por el tribunal penal que conozca el proceso”*.

²⁶ Este requisito se halla recogido en los numerales 1 y 2 del artículo 167 en el Código de Procedimiento Penal.

²⁷ Para más información sobre este tema, véase Duce Mauricio y Riego Cristián (2002), Universidad Diego Portales, Santiago.

la redacción no ha favorecido al cambio cultural, tampoco se convertido en una traba, porque entre los actores hay una conciencia que el nivel de exigencia no es similar; el problema surge, porque la falta de claridad sumado a la poca profundización en el tema, ha ocasionado una disparidad de criterios, donde la normativa corre con la responsabilidad de falta de incentivos para orientar una aplicación adecuada y uniforme.

Con referencia a la necesidad de cautela, como se destacó, su introducción en el texto que regula expresamente la prisión preventiva resulta tal vez el avance más significativo, ya que ha sido capaz de relevar la esencia de la figura esto es el constituir una herramienta cautelar para salvaguardar la administración de justicia²⁸. Debido a que hasta antes de la reforma, a pesar de estar contenida como principio general de todas las medidas cautelares, desde el punto de vista real, tener un caso con posibilidades de éxito procesal era sinónimo de prisión preventiva; de hecho, se consiguió forjar un uso generalizado que coincidía a la perfección con la etiqueta de pena anticipada, porque su aplicación estaba en estricta relación con la evidencia disponible y sin ninguna vinculación a la necesidad de garantizar los intereses de la realización de la justicia.

Sin negar el avance alcanzado, el paso del tiempo ha mostrado que la fórmula adoptada fue débil para intentar influir en una cultura arraigada. En la práctica se constata que no ha sido suficiente para estimular un verdadero cambio conductual, de hecho, más adelante se introducirán cifras inequívocas de que la norma no produjo resultados perceptibles estadísticamente. El problema central, desde el punto de vista legal, estuvo en que este elemento no fue redactado de manera taxativa como requisito; al existir en el propio artículo una enumeración de los requerimientos y en un contexto en el que la cultura imperante supeditaba al supuesto material la privación de libertad, en la práctica, la redacción careció de la fortaleza para conseguir un cambio conductual y este elemento estructural fue invisibilizado²⁹.

²⁸ En concreto se hace referencia al inciso primero donde con claridad se establece que el motivo para dictar la prisión preventiva es la necesidad de garantizar la presencia del imputado a juicio.

²⁹ El problema alcanza un nivel de relevancia tan alto, que a pesar de que para levantar los datos que se recogen en este estudio se ha tenido que revisar por encima de 150 resoluciones que se dictaron bajo el sistema escrito, en ninguna de ellas se ha plasmado una discusión o resolución referida a este elemento. De hecho, como se anotará más adelante todavía los casos donde se consigue este avance con el sistema oral son minoritarios.

c) Contrarreforma. Con el objeto de alcanzar una visión integral del proceso, resulta de interés describir un capítulo que marcó un cambio profundo en la normativa de la prisión preventiva. Luego de la primera época surgió una tendencia reaccionaria, que consiguió materializar sus pretensiones a raíz de un delito puntual que causó fuerte conmoción social. El 13 de enero de 2003 en el Registro Oficial Nro. 743 se introduce una reforma al Código de Procedimiento Penal, con el objeto de crear una supuesta nueva medida cautelar de carácter personal denominada: “detención en firme”³⁰. Esta estratagema legislativa tuvo como intención reformar el marco legal de la prisión preventiva, sin someterse a los límites constitucionales establecidos para esta figura procesal³¹. En concreto dos fueron los fines: en primer término, se consiguió vaciar de contenido la garantía constitucional que limitaba el tiempo máximo de la prisión preventiva³², debido a que bastaba que hubiese auto de llamamiento a juicio para que el límite máximo de duración fijado para la prisión preventiva quedase sin efecto, porque supuestamente el acusado pasaba a un nuevo estatus legal donde esta garantía ya no surtía efecto. El segundo objetivo consistió en incorporar una fórmula que permitió otorgar a todos los delitos con pena máxima superior a un año la categoría de inexcusables para efectos de su aplicación a autores y cómplices³³, debido a que por el hecho de llegar a este momento procesal de manera obligatoria tenía que dictarse la privación de libertad. Esta figura procesal a pesar de haber consagrado una violación a los derechos humanos sin parangón en la historia reciente, consiguió tener vigencia desde enero del 2003 hasta el 23 de octubre del 2006, fecha en que se publica en el suplemento del Registro Oficial Nro. 383 la resolución del Tribunal Constitucional que la declaró inconstitucional.

³⁰ Art. 173-A. Detención en firme.- A fin de contar con la presencia del acusado en la etapa de juicio y evitar en suspensión, el auto de llamamiento a juicio, el juez que conoce la causa deberá ordenar la detención en firme del acusado con excepción de los casos siguientes:

- 1.- Para quien haya sido calificado como presunto encubridor; y,
- 2.- Para quienes estén siendo juzgados por una infracción cuya pena no exceda de un año de prisión.

Si el acusado tuviese en su contra orden de prisión preventiva, al dictarse el auto de llamamiento a juicio se le cambiará por la detención en firme.

³¹ Es importante anotar que esta pretensión ya había sido presentado en una ocasión anterior y fracasó en el Congreso Nacional por inconstitucional, en ese momento se usó la etiqueta de “reclusión preventiva”.

³² 1 año para los delitos de prisión y 2 años para los delitos de reclusión.

³³ La única alternativa a la privación de libertad generada por la detención en firme era la caución, con los mismos límites establecidos para su procedencia en la prisión preventiva. Las restantes medidas alternativas y otras opciones para revisar su aplicación como la apelación o la revocatoria quedan proscribas.

De manera lamentable, esta figura consiguió forjar una cultura donde los operadores de justicia se acostumbraron a tener un fuerte colchón de impunidad referido al incumplimiento del plazo establecido para la caducidad de la prisión preventiva. Es así que apenas sintieron los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad se pasó una nueva reforma, cuya finalidad una vez más fue vaciar de contenido a la garantía de la prescripción de la medida cautelar; norma que está vigente hasta el momento:

“Art.- 1 A continuación del artículo 169, añádase lo siguiente:

Si no pudiera realizarse la audiencia de juzgamiento por inasistencia de los imputados, de los testigos considerados indispensable para la resolución del caso, de los peritos, intérpretes, o de los abogados defensores de los acusados, es decir por causas no imputables a la administración de justicia, dicha insistencia suspenderá ipso jure los plazos determinados en este artículo hasta la fecha que efectivamente se realice la audiencia de juzgamiento. Lo anterior sin perjuicio de la necesaria constancia procesal respecto de la suspensión en cada expediente por parte del respectivo secretario.

No se considera, por consiguiente, que ha excluido el plazo de caducidad de prisión preventiva cuando el imputado, por cualquier medio, ha evadido, retardado evitado o impedido su juzgamiento mediante actos orientados a provocar la caducidad de la prisión preventiva.

Lo señalado en los incisos precedentes comprende las actuaciones unilaterales de imputado o acusado cuando, con deslealtad procesal provoquen incidentes o dilaciones al trámite del proceso que no correspondan al derecho de impugnación a una resolución o sentencia, hoy cumplan en forma deliberada las disposiciones del Juez o Tribunal para que se presenten a las audiencias legalmente convocadas y notificadas, evidenciando la intención de retardar el desarrollo normal del proceso para beneficiarse de una futura declaratoria de caducidad.

Para la determinación de dicho plazo tampoco se computará el tiempo que haya transcurrido entre la fecha de interposición de las recusaciones y la fecha de expedición de los fallos sobre las recusaciones demandadas, exclusivamente cuando estas hayan sido negadas.

Es importante ocuparse de la estrategia que se utilizó para plasmar esta norma, mediante los medios de comunicación funcionarios

judiciales repitieron por un cierto tiempo, una serie de anécdotas referidas a prácticas que adoptaban los acusados para entorpecer el proceso, y mediante su amplificación por los medios de comunicación, se estructuró una presión social suficiente, como para conseguir que el Congreso mediante una vía ilegítima –norma de rango inferior– establezca un límite al derecho constitucional consagrado. Pero nada se dijo sobre ciertos problemas centrales en esta materia, temas como: uso estándar de los fiscales de no cerrar la investigación en plazos de 90 días, problemas estructurales en la convocatoria y realización de audiencias, desorganización y colapso de las cortes superiores para tender los recursos³⁴, desorganización en los centros de rehabilitación social y en los traslados de los internos, etc.

Merece una mención una estratagema de último momento, al plasmar ya el texto legal se cambia de manera conveniente el concepto y a pesar de que se intenta disfrazar el alcance³⁵, es evidente que se subordina los derechos de la persona a cualquier circunstancia “no imputable a la administración de justicia”, por tanto actuaciones de un terceros –peritos, testigos e intérpretes– terminan por legitimar la limitación de los derechos del acusado. En la práctica se han impuesto criterios aún más ambiguos y arbitrarios, por ejemplo, incluso en contra de norma expresa, buena parte de los juzgados y tribunales descuentan el tiempo que demora la tramitación de recursos como la apelación, debido a que asimilan el uso de un derecho a recurrir a una estrategia para dilatar el trámite³⁶.

b) Regulación en el contexto de las restantes medidas cautelares.

Una óptica imprescindible para analizar la realidad de la legislación de la prisión preventiva, demanda estudiar el sitial que esta medida adquiere frente a sus similares. En esta materia el cambio que significó el nuevo Código de Procedimiento Penal es relevante; porque a pesar de que la Constitución de 1998 no introdujo ninguna norma al respecto, el marco legal pasó de una normativa que reconocía la caución como única alternativa distinta a la prisión preventiva, a un esquema complejo donde ya se reconocieron algunas opciones cautelares. El cambio conceptual es significativo, porque de manera

³⁴ Por ejemplo de acuerdo a la segunda evaluación de Fundación Esquel, la resolución de una apelación tarda en su resolución 153 días.

³⁵ Véase, inciso segundo.

³⁶ A pesar de estas interpretaciones legales y jurisprudenciales, la Unidad Transitoria de defensoría Pública en menos de un año logro la libertad de más de 1.000 detenidos por esta causa.

implícita se adopta el principio de diversificación y se visualiza la posibilidad de que la necesidad cautelar puede ser satisfecha mediante alternativas distintas a la privación de libertad.

ART. 171.- SUSTITUCIÓN.- SIEMPRE QUE SE TRATE DE UN DELITO SANSIONADO CON Pena que no exceda de 5 años y que el imputado no haya sido condenado con anterioridad por delito el juez o tribunal puede ordena una o varias de las siguientes medidas alternativas a la prisión preventiva:

El arresto domiciliario, con la vigilancia policial que el juez o tribunal disponga;

La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o tribunal o ante la autoridad que el designe; y,

La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal.

Cualquiera que fuere el delito, la prisión preventiva será sustituida por el arresto domiciliario en todos los casos en que el imputado o acusado sea una persona mayor de 65 años de edad o que se trate de una mujer embarazada y hasta 90 días después del parto. En estos casos también procede la caducidad prevista en el Art. 169 de este Código.

El reconocer que existió un avance relevante, no se contrapone con el hecho de dejar constancia que a nivel legislativo existen debilidades serias en materia de la regulación de la prisión preventiva en el marco de las restantes herramientas cautelares. El punto de partida del análisis, se centrará en determinar cuál es el sitio que ocupa la privación de libertad entre la gama de medidas cautelares de carácter personal recogidas; dentro de este nivel la labor concreta consiste en visualizar si la legislación optó por la postura de que las medidas personales de menor intervención son “sustitutivas” o “alternativas” a la prisión preventiva. Debido a que de esta toma de postura, en la práctica dependerá su funcionalidad y tendrá repercusiones serias en materia de derechos: la primera concepción adopta una visión en la cual la prisión preventiva es la medida tipo y las restantes quedan sumidas a un papel secundario, de hecho, por concepto la “sustitución” implica la necesidad de que exista de forma previa una privación de libertad y que solo en un segundo momento, esta pueda ser variada por una opción de menor intervención. En tanto que la filosofía de que las restantes medidas tienen la calidad de “alternativas”, genera un escenario en el que

la privación de libertad es una de las opciones posibles, donde se puede optar para garantizar los fines cautelares por esta o cualquier otra opción, sin que excluya la posibilidad de que luego de aplicada también pueda ser mutada.

La legislación en este punto es en extremo ambigua. Si se parte de la primera visión, existen argumentos suficientes para sostener que se optó por esta concepción, ya que el título mismo del artículo 171 es “Sustitución” y en el último inciso al referirse a personas de la tercera edad vuelve a usar este término; de hecho la postura mayoritaria que se ha forjado dentro de los operadores de justicia esta de manera clara alineada con esta cosmovisión filosófica. Pero como se puede ver el propio artículo, en el primer inciso, en el momento de regular las opciones que implican menor intervención, utiliza el apelativo de “medidas alternativas a la prisión preventiva”. Por tanto, el texto legal no aclara la disputa porque el contexto obliga a pensar que el legislador usó estos términos como sinónimos y no ingresó al debate que se plantea.

Por ello, para dilucidar este punto hasta antes de la vigencia de la nueva Constitución, había que realizar una labor de pesaje de los principios y valores recogidos en la norma constitucional e incluso tener que recurrir a la normativa y jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos. Pero, a partir del 20 de octubre de 2008 este tema se ha saldado de una manera clara porque, como se puede observar en el numeral 11 del artículo 77 antes transcrito, expresamente se regula la opción de optar de manera directa por cualquier otra medida, e incluso, de manera adicional impone que todas las restantes serán utilizadas con criterio de prioridad frente a la privación de libertad; ante esta realidad la única opción jurídica es aceptar que se trata de “medidas alternativas”. Pero la necesidad de recurrir a normas constitucionales ante la ambigüedad normativa, de por sí, muestra un problema serio en el segundo nivel de análisis que se planteó para evaluar toda la legislación, de hecho, tanto incentiva esta interpretación que salvo excepciones en la cultura jurídica vigente, se ha aceptado que la privación de libertad es requisito previo para las restantes opciones procesales.

Es importante profundizar sobre una realidad, el nuevo marco constitucional impone una seria revisión de la normativa vigente respecto a la prisión preventiva; es fácil constatar algunos problemas de coherencia serios, la citada declaratoria de prioridad de las otras medidas cautelares y el haberle otorgado el rango de excepcional a la privación de libertad cautelar, impone al menos revisar tres

aspectos: en primer lugar, se requiere incluir como requisito para la aplicación de la prisión preventiva, la obligación del juzgador de constatar que la finalidad cautelar que persigue la prisión preventiva no se satisface con una medida de menor intervención.

En segundo lugar, de manera adicional se requiere revisar los requisitos anotados para la procedencia, porque en este momento los requisitos legales para la procedencia de las herramientas que deberían recibir preferencia, son más altas que las establecidas para aquella opción que debería ser excepcional³⁷; en concreto se hace referencia a las exigencias de que la pena máxima del delito no debe superar los 5 años y la no reincidencia genérica; porque en la práctica convierten a la medida que es de “ultima ratio” en la que en gran cantidad de delitos es la única aplicable.

Igual consideración merece el caso de la caución, que a pesar de que por su naturaleza está obligada seguir en el estatus de medida sustitutiva, sus límites de aplicabilidad no pueden ser mantenidos como hoy están porque nuevamente se vulnerarían los mandatos constitucionales de excepcionalidad de la prisión preventiva y de aplicación prioritaria de las opciones de menor intervención. Una simple lectura de la legislación vigente demuestra la actual ilegitimidad de la regulación adoptada³⁸, debido a que para efectos de su admisibilidad se establece un sistema de triple filtro sucesivo: se proscriben los delitos sancionados con reclusión, cuando el imputado hubiere sido condenado por delito de acción pública y cuando se hubiere ejecutado la caución en el mismo proceso. En este caso con el agravante que esta limitación se replica sobre la medida que

³⁷ De las normas transcritas por ejemplo se puede observar que: en las medidas de menor intervención en la reincidencia es un requisito mientras que en la prisión preventiva no existe esta limitante. En cuanto a la vigencia en relación a la pena, mientras que la prisión preventiva se aplica para todo delito cuya pena máxima supere el año, resulta que las medidas alternativas tenían un tope en los delitos cuya pena máxima llega a cinco años. Este hecho demostraría que conceptualmente el Código intentó limitar el uso de las opciones que hoy deberían ser prioritarias a los delitos menos graves, opción no aceptable.

³⁸ Art. 174.- Suspensión. Se suspenderán los efectos del auto de prisión preventiva o de la detención en firme, cuando el imputado rindiere caución a satisfacción del juez competente que podrá consistir en dinero, fianza, prenda, hipoteca o carta de garantía otorgada por una institución financiera.

Art.175.- Prohibiciones. No se admitirá caución en los siguientes casos:

1. En los delitos sancionados con reclusión;
2. Cuando el imputado hubiere sido condenado anteriormente por delito de acción pública; y,
3. Cuando el imputado o acusado por cualquier motivo hubiese ocasionado la ejecución de la caución en el mismo proceso.

mayor potencialidad ha mostrado tener en aquellos países donde el sistema oral se halla asentado.

Un tercer aspecto hace referencia a la necesidad de variar la legislación que regula la revisión de la medida cautelar, en razón que la nueva Constitución prevé de manera taxativa la facultad de los juzgadores de aplicar en cualquier momento la variación de la privación de libertad a una medida de menor intervención y además determina la naturaleza excepcional de la privación de libertad; en este sentido, se requiere legislar al menos dos aristas: la primera, es regular la obligación de los juzgadores de revisar periódicamente que la necesidad cautelar y el medio por el cual van a cumplir esta labor; y, en segundo lugar, se requiere ampliar hacia otros supuestos la posibilidad de revisión, por ejemplo, la excepcionalidad de la medida implica el cerrar la puerta a que se pueda mantener sin motivación más allá del tiempo razonable para cerrar la investigación o realizar el juicio.

Lo anotado en este par de párrafos finales sirve para dar cuenta de que en Ecuador los ejes centrales de la prisión preventiva, esto es su naturaleza cautelar y su carácter excepcional, son conceptos que están es construcción y si bien el punto de partida en materia jurídica que se tuvo que afrontar hace una década ha sido una de las realidades más duras de la región, es evidente que se ha iniciado un proceso sostenido de avances estratégicos que ha conseguido dibujar una nueva realidad, e incluso, el marco legal vigente por mandato constitucional está llamado a ser de tránsito, debido a que es indispensable emprender en una revisión profunda, de hecho, ya hay una fuerte corriente para reformar de forma integral el Código de procedimiento penal y a pesar de que hay fuerzas que pretenden no plasmar en la real dimensión el marco constitucional, todavía el proceso no se decanta.

Para terminar este apartado se anotará que también existen problemas que no se relacionan con la incompatibilidad del marco constitucional, sino con la propia forma como se regularon las medidas de menor intervención: en primer lugar, las alternativas recogidas si se compara con otras legislaciones más avanzadas, se podrá notar que son escasas y en especial preocupa la ausencia de medidas destinadas a proteger a víctimas y testigos que se ocupa, de una de las modalidades más comunes para atentar contra el desarrollo del proceso. En segundo lugar la no regulación del uso de dispositivos electrónicos que en algunos países se han convertido en una verdadera respuesta la privación de libertad. Por último, se halla el

problema de cómo se reguló el arresto domiciliario, donde se limitó al mecanismo para su ejecución la vigilancia policial, este método en extremo caro y rígido, ha impedido que en muchos casos donde bastaría supervisión se termine por no utilizar por falta de recursos humanos.

c) Aplicabilidad del sistema oral. La reforma en Ecuador partió de uno de los marcos constitucional más promisorios posibles para la introducción del sistema acusatorio oral, debido a que gran parte de los pilares del nuevo sistema procesal penal se hallan consagrados como normas de rango constitucional. El solo anotar que principios tales como: oralidad, dispositivo, concentración, contradicción, intermediación, publicidad³⁹, celeridad y debido proceso constan en la norma suprema, y que además el Ecuador ha suscrito la gran mayoría de tratados internacionales de Derechos Humanos y les reconoce el rango de norma constitucional, basta para tener claro el acervo del cual parte el proyecto de reforma. De hecho, la normativa supralegal se ha convertido en una herramienta que ha mostrado tener un alto potencial en materia de efectividad y legitimidad para apuntalar el proceso.

De manera lamentable, en el momento que se estructuró la norma, no se tomó conciencia de la profundidad del cambio que la norma suprema conllevaba, y el legislador en lo básico descuidó que las reglas referidas al debido proceso⁴⁰ no son solo aplicables a la resolución de fondo sino a toda resolución que se adopte en el trámite⁴¹; este error conceptual generó un escenario oscuro para el tema que nos ocupa. En primer lugar, existe un problema serio de falta de estímulos para adoptar un nuevo procedimiento que sea en integridad oral, de hecho, no se establece de manera clara cuál es el trámite para resolver la prisión preventiva; en lo básico solo se consagra que el juez podrá dictar la prisión preventiva por iniciativa propia o a petición del fiscal⁴². Pero en este caso existe un problema incluso anterior, la normativa sí constituye un obstáculo para realizar la filosofía consagrada por la Constitución y por la propia visión programática de la reforma, en concreto se reguló un artículo que si

³⁹ Con las excepciones reguladas en la ley.

⁴⁰ Modelo oral y acusatorio; principios de intermediación, contradicción, derecho a la defensa y publicidad.

⁴¹ Artículos 191, 155 y 24 de la anterior Constitución.

⁴² Esta sola norma ya es poco respetuosa del modelo procesal adoptado, pues otorga al juzgador iniciativa para su adopción, facultad que no encaja en una lógica acusatoria.

bien es de carácter general referido al accionar de los fiscales, pero de manera explícita proscribire la posibilidad de adoptar el modelo de audiencias en toda la etapa investigativa: el artículo 66 establece “debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia y, por escrito, en los demás casos”.

Cuando se estructuró la nueva Constitución se tenía ya la experiencia de lo que había significado el no tener un modelo procesal coherente, por ello, se tomaron como punto de partida los logros de la Constitución de 1998 y se enfocó el avance en esta materia, precisamente en crear una norma capaz de terminar con un debate instaurado sobre si la oralidad se satisfacía con su implementación en el juicio; es así que hoy Ecuador cuenta con una norma clara y una herramienta que se espera incentive un cambio real en la administración de justicia:

Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo.

3. REALIDAD DE LA IMPLANTACIÓN DEL MODELO ACUSATORIO ORAL EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA

Sin negar la relevancia del proceso de reforma legal que como se ha visto en una década ha sido vigoroso e intenso, en Ecuador existió un capítulo que marcó una variación a la postre más relevante para efectos de la real aplicación de la medida cautelar: la introducción del sistema oral para la adopción de estas medidas cautelares.

El proceso de implantación del sistema oral para efectos de la prisión preventiva, no comienza con la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal; como se anotó, se partió de un marco legal que no incentivó el cambio de paradigma, incluso que de manera expresa renunció a su aplicación en toda la fase investigativa; este hecho, sumado a un proceso de implantación débil que no fue capaz de cuestionar la realidad anterior, hizo que en la primera época los actores ni siquiera se plantearan una modificación en los usos tradicionales. Es así que la real reforma, se instaura a

partir de que ciertos funcionarios en esfuerzos inicialmente focalizados, comienzan a cuestionar el “statu quo” y adoptar nuevos procedimientos; de hecho, la estrategia aplicada de alguna manera se asemeja a la filosofía de “guerra de guerrillas”.

El proceso de reforma en el Ecuador puede ser dividido en tres grandes etapas; claro que si se analiza con profundidad cada una de ellas, contó con sus propias fases marcadas por avances y retrocesos, pero en términos generales puede considerarse que hubo: una primera etapa vivida en la ciudad de Cuenca, cuyo principal aporte fue el haber generado una ruptura con la lógica tradicional, tuvo el mérito de experimentar con el sistema oral y conseguir trazar el camino para todo este proceso; la segunda, se desarrolla en la provincia del Cañar su aporte se centra en profundizar los conceptos y generalizar los avances a otras materias y resoluciones, el alcance conseguido, durante una época permitió a esta jurisdicción vivir la experiencia de una administración de justicia en materia penal, realmente cercana al paradigma oral; y, la última, el proceso de generalización a nivel nacional, que hasta el momento presenta serias dificultades, pero, que se trata de un proceso vivo donde todavía muchas de las batallas centrales están por disputarse.

3.1. Metodología

A pesar de que el presente estudio no tiene la pretensión de basarse en datos con validez formal, en el sentido de partir de una muestra estadísticamente representativa de la realidad nacional, debido a que ese no es su objetivo, además que por limitantes como tiempo y recursos no sería posible plantear con seriedad alcanzar esta finalidad. Sin embargo se ha buscado estructurar estudios puntuales, estratégicamente direccionados para reflejar tendencias funcionales y superar en nivel de análisis basado en percepciones y construcciones de carácter teórico o normativo.

Dado que la introducción del sistema oral referida inicialmente a la prisión preventiva y luego a las resoluciones adoptadas en la etapa investigativa, ha sido la experiencia de mejora a la justicia más estudiada en los últimos tiempos⁴³, al momento se cuenta con un acervo

⁴³ Primer estudio: Zalamea Diego (2005), Audiencias en la etapa de investigación, en Reformas procesales en América Latina: Experiencias de innovación Vol. III y Reformas procesales en América Latina: Discusiones locales Vol. II, CEJA: Santiago. El segundo estudio: Zalamea Diego y Cordero Sandra (2006), Segunda evaluación del sistema procesal penal, Fundación Esquel: Quito.

importante de información y análisis; en especial es importante destacar que la mayoría de ellos incluyen estudios estadísticos, es más, al haberse usado una metodología única, ha dado incluso lugar a pequeños análisis de tendencia. La realidad anotada, permitió adoptar una metodología apta para priorizar los recursos disponibles, mediante la utilización combinada de datos obtenidos de estudios anteriores y levantamientos estadísticos propios, se buscó dibujar un bosquejo claro del proceso vivido. En concreto en aquellos temas donde ya existen levantamientos, tales como: la experiencia de Cuenca y la situación vivida con el sistema escrito en los dos polos de desarrollo, se utilizan los datos que contiene el estudio “La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de innovación”⁴⁴ –en adelante “estudio anterior”–, por ser el más actualizado y completo; en tanto que se levantan datos propios para reflejar la realidad anterior en las ciudades de Portoviejo y Azogues antes no estudiadas y la variaciones que ha sufrido desde que se implantó el sistema oral en los dos polos de desarrollo Quito, Guayaquil.

Con el objeto de evitar un factor de distorsión relevante que pudiera afectar a las muestras y hacer ilegítima la comparación, en todos los casos en las diversas ciudades se estudiaron solo casos de detención en flagrancia.

De manera adicional, se introducen ciertas valoraciones fruto de una metodología de carácter cualitativo basado en la revisión documental de actas de audiencias y de solicitudes y resoluciones adoptadas bajo la modalidad escrituraria. Su utilidad en este estudio, se circunscribirá a relevar temas más valorativos, a los que las cifras estadísticas no permiten llegar tales como la existencia e intensidad del debate sobre cada tema.

Tercer estudio: Riego Cristián (2007), La oralidad en etapas previas al juicio: la experiencia de la ciudad de Cuenca, Ecuador, en Reformas procesales en América latina, Vol. IV. CEJA, Santiago.

Cuarto estudio: Zalamea Diego (2007), La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de innovación, CEJA, Santiago.

Zalamea Diego (2008).

Quinto estudio: Zalamea Diego (2007), El Juez de garantías: experiencia en el austro, en Foro Nro. 8, Corporación editora Nacional.

⁴⁴ Zalamea Diego (2007), La Reforma Procesal Penal en Ecuador: Experiencias de innovación, CEJA, Santiago.

3.2. ETAPA I: La experiencia de la ciudad de Cuenca

3.2.1. Descripción del proyecto

Esta experiencia tuvo su origen en un proceso de capacitación bien concebido. De manera conjunta, funcionarios de la Función Judicial y del Ministerio Público recibieron un curso bastante completo sobre litigación oral, el mismo que tuvo lugar, entre los meses de julio y noviembre del 2003⁴⁵. A partir de este momento, en la ciudad de Cuenca, los actores decidieron crear un espacio donde las instituciones pudiesen discutir ciertos problemas y coordinar acciones. Una de las preocupaciones que surgieron fue la falta de oralidad en la fase investigativa; al analizar este problema, resolvieron que a pesar de la existencia de la norma expresa en contrario que fue citada, en virtud de los diversos mandatos constitucionales y de los tratados internacionales vigentes, desde el punto de vista jurídico la opción de interpretación más adecuada conllevaba la adopción de un modelo de audiencias.

En el mes de agosto de 2004 en una de las reuniones entre la Función Judicial y el Ministerio Público, encabezados por sus máximas autoridades –Presidente de la Corte Superior de Azuay y Ministro Fiscal Distrital–, se nombra una representante de cada Institución para la elaboración de un proyecto. Para su puesta en marcha, las distintas instituciones decidieron firmar un proyecto-compromiso, con el fin de conseguir una base sólida que permitiera por un lado, una mejor implementación y por otro, resguardar el proyecto de la previsible reacción de sectores conservadores. El 16 de agosto del 2004 se firma el compromiso interinstitucional.

Es importante anotar que los actores tuvieron el acierto de montar un proceso serio de preparación, donde se afrontaron temas centrales tales como: conseguir una alianza sólida entre los funcionarios de las diversas instituciones; revisión funcional profunda, donde los usos y procesos institucionales se subordinaron a las necesidades del servicio –ej. turnos interinstitucionales–; se afrontó el problema de infraestructura, el Consejo de la Judicatura adecuó una sala de audiencias; se estructuró una Comisión interinstitucional encargada del seguimiento y toma de correctivos. La entrada en vigencia de esta experiencia fue el día 13 de septiembre de 2004.

⁴⁵ Financiada por Fundación Esquel y ejecutada por un equipo de docentes nacionales e internacionales liderados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA).

En términos generales una audiencia de este tipo puede ser resumida en la siguiente dinámica: en un primer momento, el juez instala la audiencia y se abre un espacio de discusión sobre la legalidad de la detención. La segunda etapa es la de formulación de cargos, donde se concede la palabra al fiscal, quien de creer pertinente abre la instrucción fiscal mediante la descripción oral de los hechos que imputa y la consecuencia legal de la conducta; en caso de creer necesario, la defensa puede pedir aclaraciones, pero, al tratarse de un acto potestativo del fiscal, no puede oponerse ni pedir que se varíe la tipificación. En un tercer momento, el fiscal puede solicitar una medida cautelar y justificar su pertinencia, en este caso si la defensa puede oponerse a la solicitud; el debate se centra en tres aspectos: el hecho de que el delito que se imputa se sancione con una pena máxima superior a un año; el supuesto material, esto es constatar la existencia de la suficiente evidencia como para pensar de manera razonable que el caso puede llegar a juicio⁴⁶; la necesidad de cautela que implica, motivos suficientes para pensar que si no se priva de la libertad al acusado, no se va a conseguir su comparecencia a juicio, en general las argumentaciones giran en torno al arraigo social como motivación para no fugarse, los incentivos para evadir justicia –ej. pena probable– y los actos anteriores que demuestren su voluntad de colaborar o no con la justicia. Como último paso previo al cierre de la audiencia, el juez pronuncia su resolución. Es importante anotar que el esquema descrito tiene por finalidad representar exclusivamente su estructura, por el momento no tiene la intención de reflejar la realidad del debate.

3.2.2. Objetivos

La adopción de esta metodología tuvo como objetivo central el implementar el sistema oral en la resolución de las medidas cautelares, como un medio para hacer efectivos los principios del debido proceso, el sistema acusatorio oral y mejorar la calidad del servicio público que la justicia penal ofrece. En concreto se plantearon las siguientes metas: conseguir un sistema más garantista que evite el abuso de la prisión preventiva, otorgar celeridad a las decisiones judiciales y adoptar un modelo funcional que impulse la puesta en marcha del sistema acusatorio-oral. Es lamentable que al momento de estructurar los objetivos no se hayan cuantificado los resultados esperados, este hecho, priva de un referente válido para evaluar los logros alcanzados.

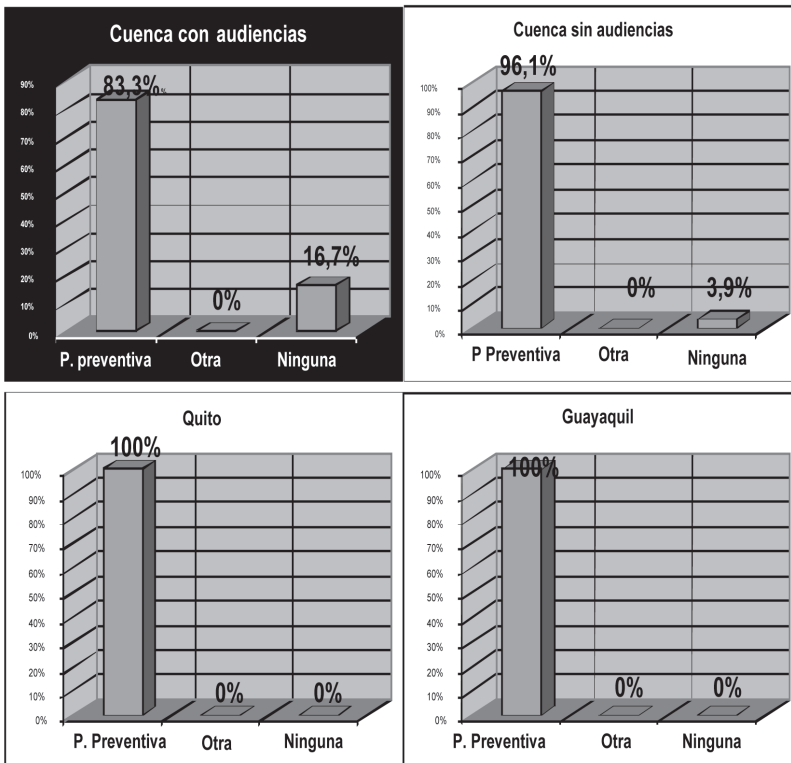
⁴⁶ Numerales 1 y 2 del artículo 167 de Código de procedimiento penal.

3.2.3. Resultados

Con el objeto de reflejar cómo había variado la realidad anterior respecto al comportamiento de los actores, se tomó una muestra de 30 casos en flagrancia en las tres principales ciudades, y en el caso de Cuenca se obtuvo una muestra representativa de la realidad que se vivía antes y después de la entrada en vigencia del sistema oral para adoptar esta resolución.

a) Disminución del abuso de la prisión preventiva.- Se debe partir de que el abuso de la prisión preventiva, se forja mediante actitudes concretas de los actores, por ello resulta de interés analizar cómo la introducción del sistema oral consiguió variar prácticas de los fiscales y jueces. El primer parámetro hace referencia a la proporción de casos en que los fiscales solicitan la prisión preventiva.

Cuadro 11
SOLICITUDES FISCALES



Fuente: Estudio Anterior.

Los cuadros insertos permiten sacar un par de conclusiones: La primera reflexión se extrae de los cuadros referidos a la ciudad de Cuenca, la introducción del sistema oral produce una ruptura en la conducta de los fiscales, muestra que las pretensiones de privar de la libertad a los ciudadanos se refrenan de manera clara, de hecho el número de casos en que no se solicita la prisión preventiva es 4 veces mayor al obtenido con el diseño escrito.

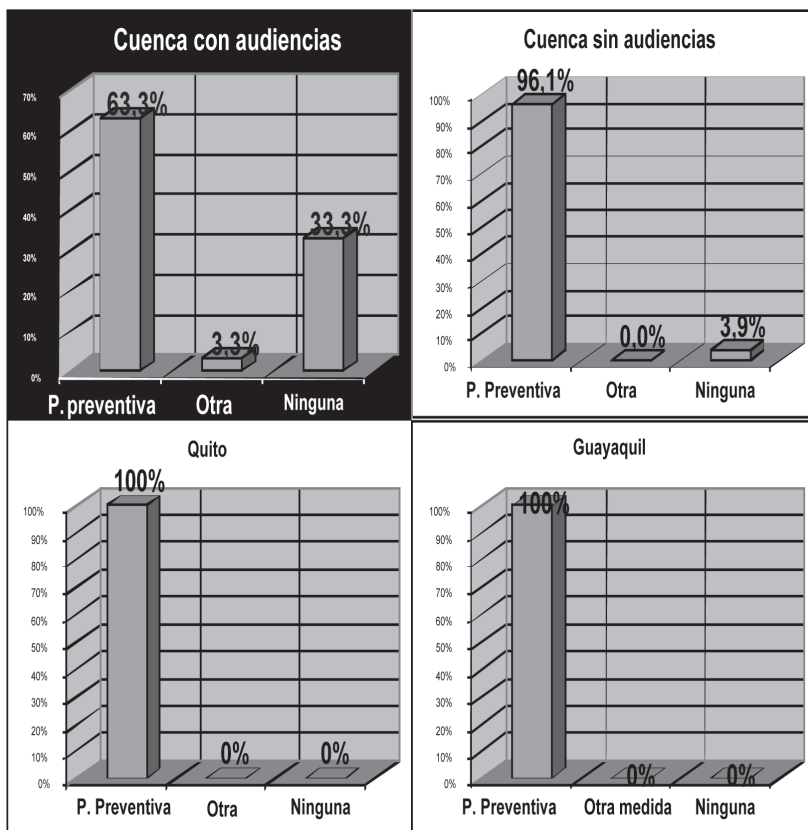
Una segunda conclusión, se obtiene al agrupar los cuadros en razón a la metodología aplicada, en la categoría correspondiente al sistema oral solo queda el cuadro referido a Cuenca con audiencias, en tanto en los que acogen la modalidad escrita se agrupan los restantes. Esta nueva perspectiva permite confirmar y generalizar los resultados obtenidos en el párrafo anterior, debido a que en el país antes de la introducción del sistema oral existe una clara tendencia entre los fiscales a que sea una regla el solicitar la privación de libertad⁴⁷, en tanto que ingresa el sistema oral y se observa un cambio de comportamiento porque casi en un 17% no se solicita. Es interesante anotar que este logro se consigue, en la esfera conductual de un actor que por mandato misional, tiene un legítimo interés en el uso de la prisión preventiva, porque así se garantiza una efectiva aplicación de la justicia; por tanto este primer acercamiento deja entrever la existencia fuertes estímulos capaces de haber variado usos arraigados, a pesar de por medio existir un interés misional.

Si el mismo ejercicio realizado al comportamiento de los fiscales, se lo aplicó a las resoluciones judiciales y se obtuvieron los siguientes resultados.

En esta ocasión la comparación realizada entre el comportamiento antes y después de la vigencia del sistema oral en Cuenca, muestra que las diferencias se profundizan; la brecha a nivel de caso donde no se aplica la prisión preventiva luego del cambio de modelo, frente a lo que sucedía con la metodología escrita es 9 veces superior; además que el solo hecho de que 1 de cada 3 imputados de delitos flagrantes no sea privado de su libertad, es una realidad que rompe con la tradición jurídica.

⁴⁷ Se parte que las 3 ciudades en conjunto reflejan una línea de comportamiento nacional, aspecto que puede ser motivo de discusión.

Cuadro 12
RESOLUCIONES JUDICIALES

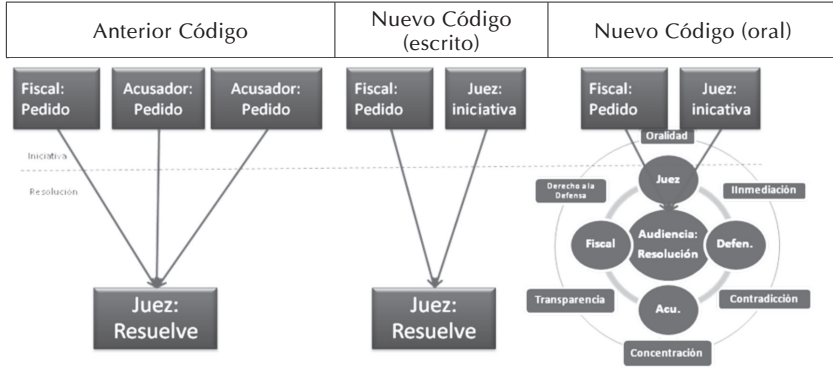


Fuente: Estudio Anterior.

Esta constatación permite dilucidar un tema que quedó planteado en el apartado de antecedentes de la prisión preventiva: los pobres resultados del nuevo Código de Procedimiento Penal no se debieron a la incapacidad del sistema acusatorio oral para limitar el abuso de la prisión preventiva, sino a su no aplicación. Un dato llamativo es que el proceso de filtrado se da con un aporte mínimo de las medidas sustitutivas (3,3%), aspecto que muestra que los actores se mueven con bastante más comodidad por las alternativas extremas y no por las medidas de menor intervención.

Un esquema de flujos permite comprender mejor las variaciones producidas.

Cuadro 13
 DIAGRAMAS FUNCIONALES DE ACUERDO AL CÓDIGO VIGENTE Y A LA
 METODOLOGÍA PROCESAL QUE SE APLICA



**En los tres modelos el juez conserva la facultad de tomar la decisión por iniciativa propia.*

Estos cuadros comparativos muestran que el único cambio en materia del trámite para la resolución que trajo el nuevo Código de Procedimiento Penal fue proscribir la posibilidad de que el pedido lo realice el acusador particular, pero el esquema funcional quedó intacto.

En conjunto, el nuevo Código de Procedimiento Penal adoptó dos estrategias basadas en la lógica tradicional: por un lado desde el punto de vista legal, introduce en el artículo que regula la prisión preventiva el requerimiento de la necesidad de cautela dado que antes por no constar había sido invisibilizado; por otro, proscribe la iniciativa de un actor que tiene un interés en conseguir la privación de libertad: acusador particular. Desde la óptica imperante, esas medidas parecen bastante acertadas y profundas, pero la perspectiva del funcionamiento real refleja su nulo impacto. Debido a que si bien es cierto que no existen datos del anterior modelo que permitan visualizar la línea de base para una comparación más certera, pero las cifras relevadas de los logros alcanzados por el Nuevo Código con la modalidad escrita, de por sí cierran la puerta a cualquier posibilidad de mejora –Quito y Guayaquil 0% de depurado y Cuenca 3,9%–. Además que esta constatación guarda total coherencia con la realidad del cuadro 1 de este estudio, que muestra que la tendencia de presos preventivos no sufrió ningún cambio radical con la entrada en vigencia del Nuevo Código.

Esta realidad cambia de manera radical el momento en que se adopta un esquema de audiencias, donde sin mediar cambio nor-

mativo, con su implantación se consigue un viraje sustancial. Esta realidad permite arribar a una conclusión importante, parece que el problema del abuso de la prisión preventiva no pasa por un proceso de depuración y refinamiento del marco legal ni de perfeccionar las prácticas tradicionales, sino que parece necesario pensar en la necesidad de generar una ruptura que implique una variación en la forma como se administra justicia en materia de privación de libertad cautelar.

Un punto de reflexión adicional consiste en la constatación de que uno de los problemas más duros de legitimidad del nuevo sistema acusatorio oral, ha sido la incapacidad de la mayoría de los sistemas judiciales donde se ha implantado, para conseguir dotar de un sustento real al perfil del juez de garantías. Si se compara la suerte sufrida por las peticiones fiscales en relación a las resoluciones judiciales con el sistema escrito, se puede constatar en cada una de las jurisdicciones la nula relevancia de este actor al momento de permear el deseo estatal de privar de la libertad a los ciudadanos; resulta hasta simbólico que estos resultados se presenten, en la resolución que por su complejidad y trascendencia alcanza el nivel de paradigmática entre las confiadas al juez de garantías. En tanto que los resultados del sistema oral son alentadores, una de cada dos negativas, se produce por iniciativa del juzgador y uno de cada cinco pedidos fiscales es negado. Estas cifras parecen reflejar que el nacimiento del juez de garantías parece ir de la mano con la implantación del diseño oral en la fase investigativa⁴⁸.

Por último, se ha podido constatar que el nuevo modelo ha conseguido instaurar cambios incluso medibles en la realidad penitenciaria⁴⁹.

b) Otorgar celeridad a las decisiones judiciales. El estudio anterior, para efectos de la medición de la realidad de Cuenca frente a las 2 grandes ciudades, otorga un par de referentes importantes sobre la realidad del nuevo esquema funcional en el referente del tiempo.

El cuadro refleja una realidad de por sí gráfica, por tanto no demanda de mayor análisis. Para la toma de esta resolución en el parámetro temporal, las ciudades con el sistema escrito en relación

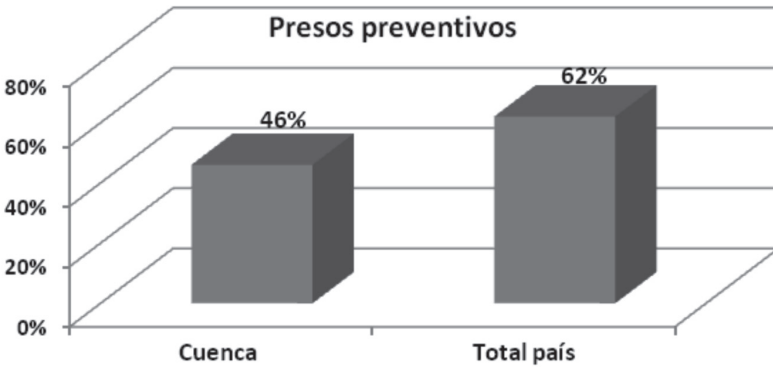
⁴⁸ Sobre este tema para más información véase, Zalamea Diego, El Juez de garantías: experiencia en el austro, en Foro Nro. 8, Corporación Editora Nacional.

⁴⁹ Cifras de la Dirección Nacional de Rehabilitación social correspondientes al año 2007. Los logros podrían ser mayores porque este centro recibe internos de otras ciudades.

a la que aplica el sistema oral, consiguen los siguientes resultados: Quito 26 veces más, Guayaquil 11 veces más, y Cuenca un 29% adicional cuando lo hacía sin audiencias. Las cifras consiguen ser tan elocuentes, que llevan a plantear una reflexión sobre todo el funcionamiento penal; si bien este estudio no es estadísticamente representativo, ni el trámite de prisión preventiva un reflejo de la realidad del trámite procesal, pero, al menos debe ser motivo para estudiar la posibilidad de que el sistema oral, si se aplica de manera integral, podría tener un impacto en la celeridad procesal, que hay en día es una de las mayores demandas de la sociedad.

Cuadro 14

PORCENTAJE DE PRESOS PREVENTIVOS EN CUENCA EN RELACIÓN AL TOTAL PAÍS

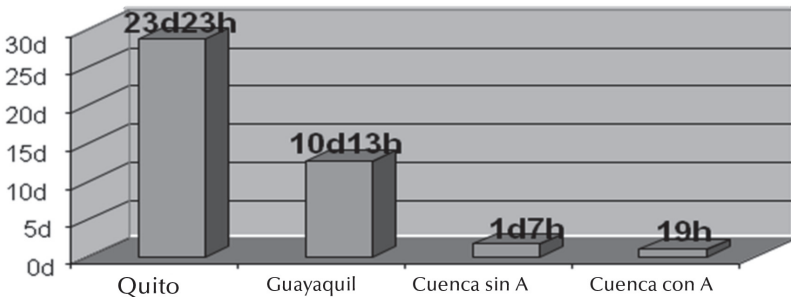


Fuente: Dirección Nacional de rehabilitación social

* Ámbito: nacional, universo de privados de libertad.

Cuadro 15

PROMEDIOS ENTRE DETENCIÓN Y APREHENSIÓN



Fuente: Estudio Anterior

El segundo referente, resulta incluso más interesante para las garantías individuales. Consiste en determinar en cuántos casos se llega

a cumplir la garantía de que entre la aprehensión y la decisión del juez, se ha respetado el lapso máximo de 24 horas⁵⁰:

Los resultados muestran que en el sistema escrito las violaciones son sistemáticas: 4 de cada 5 en Cuenca sin audiencias, 9 de cada 10 en Quito y una violación total en Guayaquil. Esta realidad es casi contrapuesta a los resultados obtenidos por el sistema oral, donde se registra un incumplimiento de 1 de cada 10 casos en Cuenca con el sistema de audiencias. Por tanto el cambio sufrido a causa de la introducción del sistema oral, puede ser descrito en los siguientes términos: se pasó de un escenario donde la violación de la garantía constitucional era la regla, a una realidad donde los incumplimientos son minoritarios.

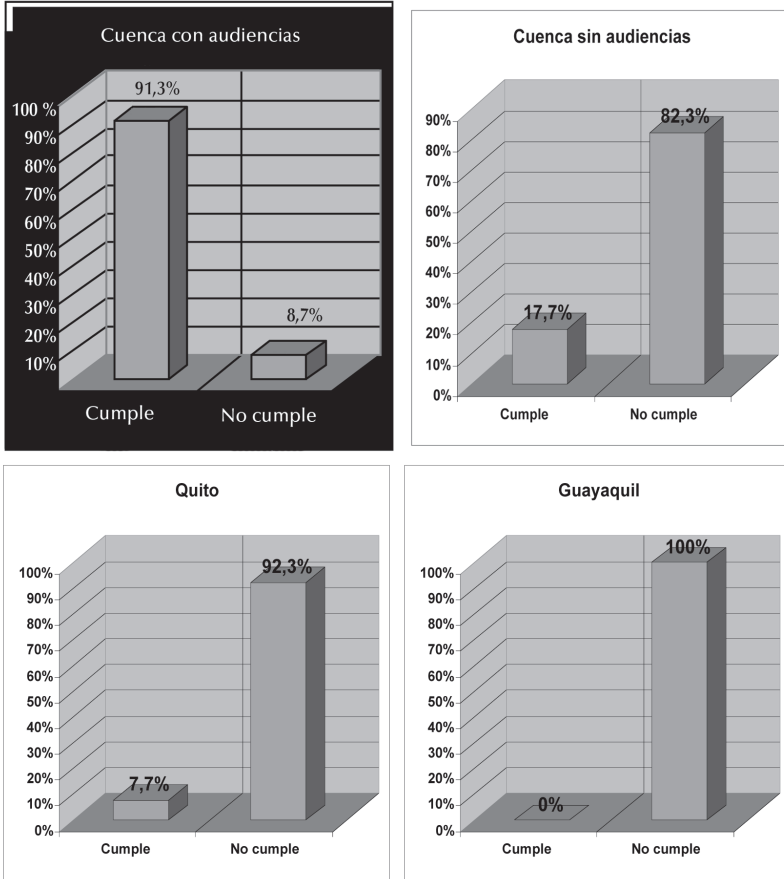
Para terminar, dado que el estudio anterior introduce datos de interés para reflejar una cierta tendencia del comportamiento de esta experiencia en el tiempo resulta de interés la menos introducir dos referentes:

El primer cuadro deja entrever una conducta estable con una cierta baja en el período intermedio; en el estudio original como explicación se ensaya el realizar un parangón con las fases que ha pasado la experiencia y la baja estadística (año 2005) coincide con una crisis profunda donde la división entre los actores casi lleva a la caída del modelo; en tanto que los picos altos coinciden con períodos de mayor consenso y estabilidad.

El segundo cuadro, en cambio, muestra un aprendizaje de la administración de justicia por disminuir las violaciones aspecto realmente relevante, porque muestra un avance en el respeto a los derechos fundamentales y un aprendizaje por parte de los actores.

⁵⁰ La ley establece que entre la aprehensión y la puesta a disposición del juez no deben mediar más de 24 horas. Esta norma ha llevado a dos interpretaciones: la primera, que el tiempo se debe medir hasta el momento que llega la notificación de la fiscalía a manos del juez, en la que se le informa que ha sido detenido un ciudadano. La segunda, que el tiempo debe medirse hasta que toma la decisión el juez. Debido al espíritu de la norma y las repercusiones para los derechos fundamentales en este estudio se utilizará la segunda.

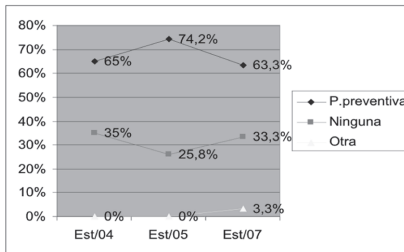
Cuadro 16
PORCENTAJE DE RESPETO A LA GARANTÍA DE LAS 24H



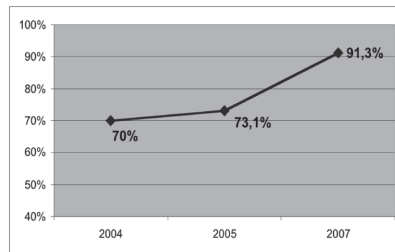
Fuente: Estudio Anterior

Cuadro 17

Tendencia Resoluciones judiciales



Tendencia del porcentaje de casos en que se cumplió garantía 24 horas



Fuente: Estudio Anterior.

Más allá de las variaciones temporales la relevancia de este estudio de comportamiento en el tiempo, para los fines de estudio de la prisión preventiva, es que los logros, en el caso de la experiencia de Cuenca, pueden calificarse ya como consolidados, esto es se excluye la posibilidad que sea fruto de un primer momento de euforia y que luego que el comportamiento de los actores tienda a volver a la realidad anterior. Hay buenas razones para sostener que la introducción del sistema oral marcó una diferencia permanente en el uso de esta medida cautelar.

La experiencia de la ciudad de Cuenca consiguió su primera réplica, fruto del trabajo de los mismos actores en junio de 2007, la metodología oral para discutir medidas cautelares se ha reproducido en la ciudad de Guacaleo (31.587 habitantes) y el proyecto se implementó sin mayores novedades.

c) Perspectiva cualitativa. Desde el punto de vista cualitativo esta experiencia trajo un avance muy relevante de ser destacado; un análisis de las actas de audiencia y una comparación de pedidos y de resoluciones de prisión preventiva, permite observar que con la entrada del sistema oral en un número de casos minoritario pero representativo, aparecen argumentaciones referidas a la necesidad de cautela y en concreto del peligro de fuga. A diferencia de las actas de las audiencias del sistema escrito, donde en las 3 ciudades de manera invariable, muestra una lógica donde la existencia de supuesto material es sinónimo de prisión preventiva; este estudio muestra sin lugar a dudas, la debilidad que fue anotada en su momento: la falta de una redacción que consagre la necesidad de cautela como requisito llevó a que los actores la hayan marginado de manera casi absoluta.

Este avance que cómo se ha anotado no es generalizado, pero desde la perspectiva cualitativa toma una relevancia inusitada, porque en Ecuador constituye el primer paso para que la aplicación de esta medida cautelar responda a su razón de ser y pueda adquirir legitimidad.

Desde luego es importante anotar que las discusiones tienden a ser básicas, hay deficiencias técnicas importantes y la mayoría de actores todavía no rompen la visión tradicional, donde indicios del cometimiento del delito y de la responsabilidad como autor o cómplice son fundamento suficiente para la privación de libertad cautelar.

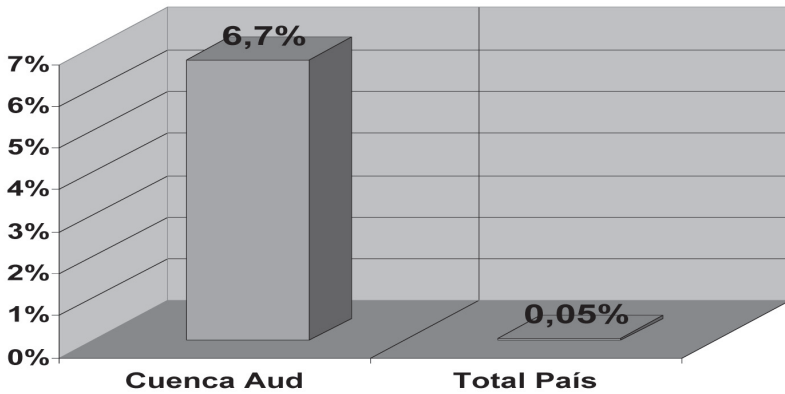
d) Influjo de las medidas alternativas al juicio oral en el uso de la prisión preventiva. El sistema acusatorio oral trae consigo una serie de herramientas que permiten llegar a resoluciones de fondo prácti-

camente en la primera audiencia⁵¹. Estas opciones procesales toman relevancia en materia de prisión preventiva porque limita desde dos perspectivas su uso: el primero, si se resuelve de manera inmediata el caso, es evidente que ya no se aplicaría la medida cautelar; en segundo lugar si se aplica en etapas tempranas disminuye el tiempo de empleo de manera radical. En Ecuador estas vías han tenido una seria traba legal para su implementación, salvo el procedimiento abreviado y la conversión, no han sido reguladas.

La potencialidad del sistema oral para la aplicación de estas herramientas procesales, se hace evidente en una fase avanzada del proceso de implementación en esta ciudad, cuando una crisis profunda que puso en peligro todo el modelo llevó a que la sociedad civil decidiera apoyar el proceso y reinstalar el espacio de diálogo que se había quebrado⁵², escenario que permitió analizar algunas alternativas y en concreto experimentar con estas opciones procesales. Dadas las limitaciones legales los beneficios palpables se evidenciaron en el uso del procedimiento abreviado.

Cuadro 18

APLICACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN CUENCA EN RELACIÓN AL TOTAL NACIONAL



Fuente: Estudio Anterior

Este cuadro invita a una de reflexión, el que en delitos flagrantes se alcance aproximadamente en un 7% de casos sentencias con-

⁵¹ Se hace referencia a alternativas procesales como: procedimientos abreviados, conversiones, acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento y juicio simplificado.

⁵² Fundación Esquel.

denatorias en menos de 24 horas, es algo inédito para la justicia ecuatoriana. De manera lamentable, el poco seguimiento empírico del funcionamiento de la administración de justicia ha impedido que buena parte de la comunidad jurídica de esta ciudad y de la gran mayoría a nivel nacional, se hayan enterado de un logro de esta magnitud. Es interesante plantear una reflexión sobre el motivo por el cual la oralidad puede potenciar de una manera tan drástica el empleo de estas medidas procesales; la razón parece estar en que un escenario donde los involucrados se dan cita en momentos muy cercanos a la comisión del delito, es un espacio adecuado para poder discutir salidas negociadas.

Estas herramientas toman mayor relevancia en virtud del momento por el cual pasa el Ecuador, la Función Legislativa empezó el conocimiento de un proyecto donde se incluyen toda la gama de vías alternativas en sentido estricto y métodos de simplificación procesal. En este escenario el potenciar resoluciones tempranas, parece ser una de las opciones reales para marcar una disminución del empleo de la privación de libertad cautelar.

3.3. Etapa 2: Experiencia en la provincia de Cañar

3.3.1. Descripción de la experiencia

Esta etapa se basa en la experiencia adquirida en la ciudad de Cuenca, los éxitos y fracasos del proceso fueron la base para su estructuración. El punto de interés de esta experiencia consiste en que los actores no se conformaron con replicar el modelo anterior, sino que deciden romper de forma radical con la visión tradicional y adoptar la metodología de audiencias para todas aquellas decisiones que se resuelvan en la etapa investigativa, es más ampliarlas a materias como tránsito y adolescentes infractores.

En agosto de 2007 en el Distrito de Cañar se convoca a una reunión donde estuvieron presentes los funcionarios de la Función Judicial, Ministerio Público, Policía Judicial, defensores de la Corte, representantes del Colegio de Abogados, Universidades y Consultorios Jurídicos gratuitos, destinada a discutir la aplicación de la metodología oral, en ella se llegó al acuerdo de poner en marcha la metodología oral en la etapa investigativa, pero sin fijar todavía los márgenes. El proyecto fue liderado por las cabezas institucionales: Ministro Fiscal Distrital, Presidente de la Corte Superior de Justicia y Jefe Distrital de la Policía Nacional y contó con el apoyo técnico de la Dirección Nacional de Política Penal del Ministerio Público.

Para su implementación se trazó un cronograma: de la semana del 2 al 10 de septiembre de 2007, se ejecutó un curso de 40 horas de duración con todos los actores. Evento que tuvo dos finalidades: el desarrollo de habilidades en la litigación en etapas previas al juicio y el llegar a acuerdos puntuales sobre la forma como se iba a implementar la nueva metodología. En las dos primeras ciudades Azogues (población 64.910 habitantes) y Biblián (20.727 habitantes) entró en vigencia el 10 de septiembre de 2007; en los 3 meses siguientes se efectuó similar capacitación en las dos restantes ciudades y entró en vigencia el modelo en Cañar (58.185 habitantes), y la Troncal (44.268 habitantes), con lo cual se cubrió la totalidad de la provincia.

3.3.2. *Objetivo y alcance*

El objetivo de esta intervención fue instaurar el modelo oral en la etapa investigativa. Con el objeto de introducir una visión gráfica de la profundidad de la intervención, se introducen dos cuadros que permiten realizar un análisis comparativo con la realidad de Cuenca:

Cuadro 19

AUDIENCIAS EN LA ETAPA INVESTIGATIVA: ALCANCE EXPERIENCIA DE CUENCA

	Penal		Tránsito		Adolescentes	
	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante
Control de detención	(-)	-	-	-	-	-
Instrucción fiscal	X	-	-	-	-	-
Medidas cautelares	x	-	-	-	-	-
Revisión medida cautelar	-	-	-	-	-	-
Control cierre investigación	-	-	-	-	-	-
Desestimaciones	-	-	-	-	-	-
Conversiones	-	-	-	-	-	-
Procedimientos abreviados	x	-	-	-	-	-
Otras vías alternativas*	No prevé la ley	No prevé la ley	-	-	-	-

Fuente: Estudio Anterior

* En materia de tránsito y adolescentes infractores, se prevén otras vías alternativas al juicio oral tales como: acuerdos reparatorios en la primera área y en la segunda, conciliación, suspensión del proceso a prueba, remisión a un programa de orientación.

Cuadro 20

AUDIENCIAS EN LA ETAPA INVESTIGATIVA: ALCANCE EXPERIENCIA DE AZOGUES

	Penal		Tránsito		Adolescentes	
	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante	Flagrante	No flagrante
Control de detención	X	X	X	X	X	X
Instrucción fiscal	X	X	X	X	X	X
Medidas cautelares	X	X	X	X	X	X
Revisión medida cautelar	X	X	X	X	X	X
Control cierre investigación	X	X	X	X	X	X
Desestimaciones	X	X	X	X	X	X
Conversiones	X	X	X	X	X	X
Procedimientos abreviados	X	X	X	X	X	X
Otras vías alternativas	No prevé la ley	No prevé la ley	X	X	X	X

Fuente: Estudio Anterior

La entrada en vigencia de este esquema produjo un cambio profundo en el funcionamiento de la administración de justicia, por primera vez en la práctica se otorgó un servicio público cercano al paradigma oral.

3.3.3. Repercusiones para la prisión preventiva

Por su naturaleza fue un proyecto que cambió la realidad de la administración de justicia, por el objeto de este estudio, se han escogido cinco aristas introducidas en esta nueva etapa:

a) Control de detención. Como se puede constatar en el cuadro referido a la ciudad de Cuenca, se lo pone entre paréntesis como no implementado, pues, a pesar de que en teoría se instauró esta función, un análisis de su real funcionamiento muestra que la línea conceptual adoptada por los actores, le vació de contenido real. Debido a que, en la práctica la detención ilegal no implica un obstáculo para que continúe la audiencia y se dicte cualquier medida cautelar incluida la prisión preventiva. El único efecto real de la violación de los derechos fundamentales es un oficio dirigido a los mandos policiales en el que se le hace conocer de lo sucedido, pero, según manifestaciones de los propios actores no se tiene noticia de que en la práctica, haya generado una sanción concreta.

En el distrito de Cañar se adoptó la concepción opuesta y se instauró de manera efectiva un control de legalidad de la detención. Esto es, si se determina que el sujeto fue detenido de manera ilegal, la audiencia no puede continuar y no se debe ya discutir ningún tema adicional, porque ello implicaría que el Estado se beneficia de su propia negligencia y de la violación que cometió en contra de los derechos fundamentales⁵³. El solo hecho de poner en marcha un modelo con repercusiones claras para las violaciones, generó repercusiones visibles, por ejemplo: en el primer mes de funcionamiento, no hubo un solo caso en que una persona hubiese recuperado su libertad por esta causa; debido a que los actores tomaron las medidas para no estar incurso en violaciones; de la misma manera, fue gráfico observar como luego de haber sido parte del proceso, la Policía Nacional a la semana siguiente partió con una capacitación sobre los procedimientos y supuestos de aprehensión.

b) Potenciación de la necesidad de cautela. Un punto bajo de la experiencia de Cuenca fue el limitado influjo que consiguió en la práctica la discusión de la necesidad de cautela como fundamento para la aplicación de la prisión preventiva; a pesar de que se reconoce en algunos actores actuaciones destacadas, en términos generales es innegables que constituyó una debilidad. Con este antecedente, en Cañar se diseñó un par de estrategias tendientes a superar este inconveniente: la primera durante el período de capacitación se trabajó de manera intensiva este tema y se dotó de las herramientas necesarias a los actores para su utilización.

El segundo aspecto conlleva mayor interés y hace referencia a la constatación de que la dificultad de entablar una discusión referida a la necesidad de cautela con efectividad no solo pasa por las destrezas de los actores, sino por la posibilidad real de contar con la información requerida en un período corto de tiempo (24 h.). Ante esta realidad, se estructuró una miniunidad interinstitucional apostada en el Ministerio Público encargada de constatar el arraigo social del detenido; cuya estructura administrativa no pasó de un policía y de un funcionario de la Fiscalía a tiempo parcial, en tanto que el equipamiento requerido fue una moto una computadora y un teléfono. Incluso, se desarrolló un modelo de fichas que permiten estandarizar la información y esquemas funcionales para que con anticipación las partes pudiesen contar con antecedentes y poder

⁵³ Además que es la única opción compatible con el artículo 7 numeral 6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 9 numeral 4 del Pacto de derechos civiles y políticos.

confirmar cualquier información que creyesen conveniente. En principio se trató de una herramienta bastante sencilla y artesanal que abarcaba puntos gruesos del arraigo social, tales como: Aspecto laboral, Información domiciliaria y Aspecto familiar⁵⁴; para su tabulación no se contó con ninguna metodología que permitiese una labor predictiva a un que sea básica; su único fin fue dotar de cierta información a los actores para entablar una discusión con cierta información disponible el día de la audiencia.

Lo curioso es que una herramienta básica como la anotada, ha mostrado tener la potencialidad de marcar una diferencia en el litigio y resolución de un tema tan trascendente como la necesidad de cautela, porque en especial para los defensores ha sido el instrumento que le ha permitido poner sobre la mesa del debate un elemento central como es el arraigo social y permitirle otorgar otra dimensión al debate. que el contar. En la práctica el tener información sobre una materia tan concreta en un lapso corto como son 24 horas, para un defensor marca la diferencia entre poder litigar o no uno de los pilares esenciales de la necesidad de cautela y por tanto de la prisión preventiva. Incluso parece interesante anotar que se ha podido constatar que esta herramienta ha sido hasta un señuelo para conseguir introducir a los actores a un debate que todavía les cuesta.

El paso del tiempo, permite afirmar, se ha convertido en una herramienta trascendente para efectos de mejorar la calidad de las audiencias, de manera lamentable no se ha encontrado una metodología para mostrar su influjo de forma cuantificable. Pero es justo anotar que goza de una aceptación generalizada entre los actores y, a pesar de que esta experiencia tuvo que soportar un escenario poco propicio⁵⁵, el acervo de legitimidad alcanzado desde el primer momento, le ha permitido subsistir sin mayores contratiempos a la inestabilidad que estuvo sujeta este proyecto y que le impidió un adecuado seguimiento.

c) Control de cierre de la investigación. Esta herramienta está destinada a hacer realidad una de las consecuencias de la excepcionalidad de la prisión preventiva; el carácter subsidiario de la privación de libertad obliga a garantizar que su aplicación se limite al tiempo estrictamente necesario. A pesar de que no existe una mención ex-

⁵⁴ Véase Anexo 1.

⁵⁵ Aproximadamente a los dos meses, debido a la inestabilidad institucional de la Fiscalía, institución que lideraba el proceso perdió el apoyo técnico y sobre todo las labores de seguimiento y toma de correctivos se suspendieron.

presa en el Código, pero basados en las funciones que se asignan al juez penal, las normas constitucionales y los tratados internacionales sobre la materia, los actores resolvieron introducir esta fórmula y discutir en audiencia el tiempo necesario para el cierre de la investigación; vale la pena indicar que el proceso de capacitación parece haber dado sus frutos, porque efectivamente en ciertas actas se ha podido constatar que se han instaurado argumentaciones efectivamente dirigidas a las diligencias que faltan por realizarse y al tiempo que conllevaría su práctica. De hecho, su vigencia consiguió marcar una ruptura con la realidad anterior, debido a que con anterioridad se había impuesto como regla el período máximo establecido por la ley (90 días), en tanto que por ejemplo, de acuerdo al seguimiento realizado por el encargado del proyecto por parte de la Fiscalía, en las 9 resoluciones que se dictaron prisión preventiva se establecieron lapsos que se situaban entre 25 y 45 días.

El uso de esta herramienta dota a la justicia penal de una nueva perspectiva, introduce un nivel de exigencia sobre el sistema penal para responsabilizarse del uso de la privación de libertad en el tiempo, debido a que una medida que pudo estar justificada en el momento de adoptarse, puede volverse ilegítima, cuando se abusa de ella por negligencias administrativas, fallas de coordinación o displicencia de ciertos funcionarios. La nueva filosofía introduce una visión pragmática comprometida en defensa de las garantías básicas, establece una clara diferencia en el nivel del daño que se causa en virtud del tiempo de privación de libertad. Es importante anotar que desde el punto de vista conceptual, resulta un cambio de paradigma radical, el superar el concepto de que el tiempo de la investigación esté constreñido por una norma legal generada en abstracto, para abordar la labor de garantizar que en el caso concreto la privación que la necesidad cautelar realmente demanda.

d) Revisión de la prisión preventiva. Esta vía permite analizar si aquella decisión que se adoptó hace un tiempo responde a las circunstancias actuales del caso⁵⁶. Aplicada para rever la prisión pre-

⁵⁶ La legislación ecuatoriana no consagra la figura de revisión sino la limita a la revocatoria de la prisión preventiva, por tanto los requisitos establecidos solo se han estructurado para los supuestos en que se desea dejar sin efecto esta medida cautelar. Esta disposición genera un doble estándar, porque consagra procedimientos y requisitos distintos si el pedido va dirigido a revisar cuándo se otorgó la privación de libertad, frente a cuándo fue negada. En el segundo supuesto, esto es cuando se pide que se dicte la prisión preventiva que antes fue negada, esta solicitud es ajena a la revocatoria tal como se ha consagrado en Ecuador, por ello las normas que regulan esta vía no le son aplicables. Factor que en

ventiva, consigue instaurar un eje adicional para que el principio de excepcionalidad consiga efectivizarse. De hecho, el plazo dictado por el juzgador para el cierre de la investigación en esta ciudad, se operativizó a través de una audiencia de revisión, donde el fiscal tiene la carga de demostrar que el no cumplimiento del plazo tiene una justificación legítima, caso contrario se otorga la libertad.

La novedad que conllevó la introducción del sistema oral en esta materia, consistió en permitir realizar un relanzamiento de esta figura, debido a que la discusión que se requiere suele ser bastante fina y el sistema tradicional al no contar con un modelo que permita una valoración a este nivel, había enraizado prácticas bastante toscas, donde en términos generales primaban la presentación de pedidos poco fundamentados y rechazos en serie sin mayor argumentación; escenario que desincentivó su uso y que marginó la relevancia de esta figura. El generar un espacio para una discusión concreta parece haber cambiado el panorama, debido a que de inmediato surgieron cifras llamativas, en los primeros 15 días se pasaron 2 audiencias de revocatoria y una se concedió el pedido, realidad inusual, sobre todo si se toma en cuenta que Azogues es una ciudad pequeña y sin mucha demanda para el sistema penal⁵⁷. Es importante anotar que desde el punto de vista de la necesidad de cautela el aporte de esta alternativa procesal permite alcanzar, un nuevo ángulo para su plena realización, potenciar un mecanismo efectivo para restringir la privación de libertad solo a los casos que en el momento se justifique su mantención.

e) Medidas alternativas a la prisión preventiva. En esta materia el avance puede ser discutido si se produjo en esta etapa, debido a que en Cuenca los actores ya visualizaron el debate de si las me-

la práctica no significa que se ha cerrado la posibilidad de revisar la negativa de esta medida cautelar personal, sino que ha forjado un escenario en el que este pedido queda sometido a la sola voluntad del solicitante y por ejemplo, a diferencia del primer supuesto, el fiscal no debe pasar por un requisito previo de admisibilidad que consiste en la necesidad de justificar un cambio en las circunstancias que sirvieron para adoptar la resolución original y, con ello se abre una puerta para presentar al mismo juzgador un caso que ya fue resuelto sin que haya variado en absoluto las circunstancias; realidad que vulnera la igualdad de armas y la seguridad jurídica, además que este doble estándar tiende a favorecer la aplicación de una medida que es excepcional. Dado que en criterio del autor, esta deficiencia legal dadas las normas constitucionales vigentes y los principios que el sistema procesal consagra, debería ser interpretada como revisión, en este estudio se preferirá esta denominación.

⁵⁷ De manera lamentable, debido a que estas audiencias no se regularon en los reglamentos de la Corte Suprema, en este momento ya no se aplican.

didas cautelares se concebían como “sustitutivas” o como “alternativas” y conceptualmente, resolvieron que la segunda concepción era la aplicable; debido a que la primera forma de entender a las medidas de menor intervención convertía la medida que debía ser la excepcional en la norma. Incluso, los datos estadísticos reflejan una mínima incidencia de las medidas no privativas de libertad, y en este caso concreto se aplicaron de manera directa otras opciones procesales como prohibición de salir del país. En tanto que como se verá más adelante la aplicación que alcanza las medidas cautelares en la ciudad de Azogues, justifican de por sí la resolución adoptada.

El aporte de este avance consiste en otorgar al sistema penal la posibilidad de graduar una respuesta adecuada al caso, en relación al potencial de las opciones procesales disponibles, y solo en caso de que los intereses de la realización de la justicia lo justifiquen, se priva de la libertad. A diferencia de lo que sucedía bajo el paradigma de medidas “sustitutivas”, donde a pesar de que la necesidad cautelar podía ser satisfecha por otra medida no privativa de libertad, de manera necesaria debía dictarse al prisión preventiva, para solo en un segundo momento poder cambiar de opción procesal.

f) Caución. Dado el potencial de esta alternativa procesal, se ha preferido hacer una mención especial a la caución. Dados los problemas existentes en el uso tradicional, se requiere una mención para comprender la magnitud del problema que se enfrentaba. La práctica tradicional había implantado una aplicación divorciada de la realidad, ya que actitudes inmovilistas llevaron a un vaciado de contenido de esta figura; en un momento donde el país comenzó a vivir un proceso inflacionario, para evitar los problemas de desactualización de los montos fijados en el marco legal, hizo que se utilizaran como referente los salarios mínimos vitales, pero cuando el problema se agudizó, y dado que esta herramienta también se había utilizado en buena parte de la economía, el gobierno decidió para no subir este componente –para no causar un efecto en cadena–, crear una serie de bonificaciones adicionales y congelar este rubro, es así que con el tiempo el salario mínimo vital llegó a tener un valor de 4 dólares. Para esta figura el problema surgió cuando los jueces no cambiaron de parámetros para fijar los montos en estas unidades y la gran mayoría de fianzas se fijaban entre 4 y 20 salarios mínimos vitales (de 16 a 80 dólares), práctica que erosionó el contenido de esta figura y la convirtió en sinónimo de impunidad. Esta figura ha caído en un círculo vicioso profundo, debido a que el desprestigio como se utiliza es grande, tal vez ello explica los lí-

mites legales tan severos que fueron referidos, a su vez ello dificulta su aplicación y se incrementa el desprestigio.

Ante este panorama se decidió utilizar una estrategia dividida en dos fases, la primera dirigida a volver a otorgar sentido a esta figura, en base a una discusión en audiencia se buscó fijar montos reales que garanticen la presencia en juicio del imputado y se vio que si bien el límite legal era una traba, en la práctica para la gran mayoría de delitos permitía administrar justicia. La segunda fase, que lamentablemente no llegó a concretarse porque se puso ya en vigencia la tercera etapa que más adelante se detalla, estaba destinada a una ampliación significativa de la esfera de esta medida sustitutiva con la utilización de la pena en concreto⁵⁸ como mecanismo para mejorar la administración de justicia. A pesar de todo el logro conseguido, no es despreciable, debido a que es la única experiencia en el Ecuador donde se ha encontrado que una medida de menor intervención, tiene el potencial de realmente conseguir amalgamar la necesidad de garantizar la presencia a juicio y la presunción de inocencia, en términos bastante adecuados, por ello, abre la esperanza para revalorizar esta figura e instaurar una real alternativa a la privación de libertad cautelar⁵⁹.

3.3.4. Resultados

Esta segunda etapa no solo consiguió una esfera de aplicación mayor, sino que de manera adicional, en la aplicación de la prisión preventiva obtuvo una variación sustancial. En esta jurisdicción la muestra tomada fue de 20 casos antes y después del ingreso del sistema oral:

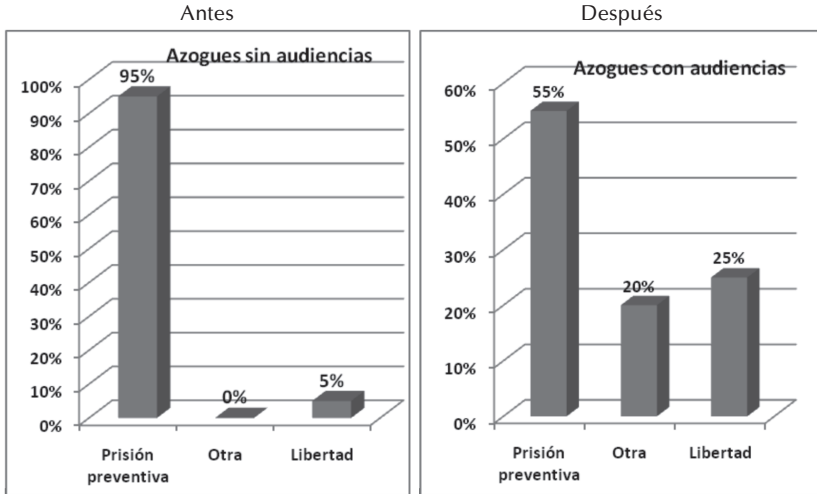
Las cifras son gráficas, el nivel de depurado alcanza un 45%, cifra que hasta el momento no se había obtenido. Los posibles motivos que se han encontrado para esta variación son dos: el primero, relacionado con una capacitación intensiva previa a la implementación, que le permitió partir a esta experiencia con una base más sólida. En segundo lugar el haber adoptado una estructura administrativa diseñada para producir información referida al arraigo social.

⁵⁸ Consideración de la pena con la variación producida ya sea por atenuantes o agravantes.

⁵⁹ La caución se discute de manera oral cuando se da en el marco de la audiencia, pero dado que no consta en el reglamento si no se da en ese primer momento, se usa la metodología escrita.

Cuadro 21

NIVEL DE DEPURADO EN RAZÓN DEL SISTEMA PROCESAL QUE SE APLICA



Pero si el análisis se centra en las medidas de menor intervención, se constata una ruptura frente a una realidad anterior que se había convertido en uno de los mayores fracasos; como se puede ver, la regla en las restantes jurisdicciones ha sido una nula incidencia y la excepción una repercusión marginal. Por primera vez se consiguió que estas opciones procesales adquieran un real impacto, ya que 1 de cada 5 detenidos en flagrancia se le aplica una vía alternativa; factor que es digno de destacar porque refleja que los actores comienzan a buscar respuestas diversas para necesidades cautelares disímiles. La realidad anotada coloca a esta jurisdicción ante nuevos retos, por ejemplo, en los próximos meses se comenzarán a requerir procesos de seguimiento para constatar qué tan efectivos han resultado, debates sobre las potencialidades y debilidades de cada opción procesal, etc.

3.4. Tercera etapa: generalización de la experiencia

3.4.1 Descripción del proyecto

El éxito de las dos etapas anteriores produjo una creciente conciencia del avance que para la administración de justicia significaba la introducción de la metodología oral. El Ministerio Público, que era la institución que en este momento tenía el liderazgo en este proceso, contaba con una estrategia bastante estructurada para la imple-

mentación progresiva a nivel nacional, de hecho la experiencia de Cañar era solo el primer paso. La idea básica consistía en comenzar por provincias más bien pequeñas y menos conflictivas, con la perspectiva de reservar para el último los centros más grandes y complejos –Quito y Guayaquil–, bajo la premisa de que la mejor manera de enfrentar el reto que suponían los dos polos de desarrollo, era abordarlos en un momento en el que ya se contase, con un acervo de experiencia y legitimidad acrecentado por los logros anteriores.

Por circunstancias coyunturales y de índole política, la Fiscalía decide apartarse del diseño original y apostar por una generalización indiscriminada en todo el país. En un momento donde su institucionalidad estaba amenazada, se renunció a los criterios técnicos y se adoptó la implementación de esta metodología como una herramienta para afianzar a la cabeza institucional que en ese momento corría peligro; el impulsar una ejecución agresiva de un modelo que ya para ese entonces era reconocido bajo la etiqueta de “exitoso”, se esperaba que generase réditos en materia de legitimidad. Es así como se presenta un proyecto y consigue la aprobación de un instructivo por el seno de la Corte Suprema de Justicia, el mismo que se publica en el registro oficial 221 del miércoles 28 de noviembre de 2007, con el mandato de aplicar la metodología oral de manera inmediata en todo el país⁶⁰.

Este aparente progreso, en la práctica, termina por implicar un período agrídulce para el proceso, debido a que si bien simboliza una victoria clara del proceso de reforma a nivel nacional en un tema estratégico como las medidas cautelares; los altos costos que se deben afrontar dejan un saldo ambivalente: el primero, hace referencia a la profundidad del proyecto, el instructivo inicial fue realizado en base a la experiencia de Cuenca, por tanto parte de una visión limitada, donde básicamente las audiencias se restringen a la primera audiencia de delitos flagrantes en materia penal. De manera casi inmediata hay una reacción basada en la experiencia de Cañar, donde se plantea de manera clara que se trata de un esquema que si bien en su momento constituyó un avance, era evidente que ya resultaba restringido y rígido al menos frente a lo que había sucedido en los últimos meses en esta circunscripción; este movimiento genera la publicación del segundo reglamento, en el que se incluyen todas las

⁶⁰ A pesar del éxito en la implementación del sistema, la estrategia no consigue frenar las intenciones del proceso político y a los pocos meses se descabeza al Ministro Fiscal General de la Nación. A partir de este momento se abandona todo intento de planificación e implementación progresiva y focalizada.

materias de derecho penal especial, incluso infracciones de adolescentes, pero no se consigue ir más allá de la primera audiencia, por tanto la metodología oral no se aplica para resoluciones tales como: pedidos de sustitución posteriores, caución, revisión, y apelación, tampoco se adopta la discusión del cierre de la investigación. Este escenario lleva a que se haya establecido un doble estándar, a pesar de que para efectos de las anotadas resoluciones, entran en juego los mismos valores que para la prisión preventiva y están vigentes las mismas normas constitucionales y supraleales, se deja intacta una metodología que en los considerandos de los propio instructivos, se había reconocido que violentan los principios del debido proceso.

El segundo sacrificio que se tuvo que aceptar es la renuncia a un proceso intensivo y planificado que había demostrado ser efectivo y que avanzaba a buen paso; de hecho, cuando se da el cambio de cabeza institucional en la Fiscalía⁶¹, ya se había conseguido un primer acuerdo con los actores de la provincia de Loja y estaba programado para que durante tres semanas se desarrollasen dos cursos interinstitucionales –Loja y Macará–; escenario en el que se esperaba conseguir acuerdos puntuales que permitiesen viabilizar el proceso en la totalidad de la provincia. Pero el proyecto se trunca de manera abrupta y de cierta forma, una vez más, el proceso queda confiado a la voluntad y sano entender de los actores de cada jurisdicción.

3.4.2. Resultados

En este escenario la fecha formal de entrada de funcionamiento es el 24 de noviembre de 2007, pero se debe dejar constancia que ante la nula implementación, su real vigencia fue paulatina hasta que los actores se enterasen y decidiesen adoptar esta metodología en la práctica, en ciertas jurisdicciones, llegó a tomar un par de meses. Dado el desconcierto que generó la vigencia de una metodología desconocida para la mayoría de los actores, las prácticas adoptadas han sido de lo más variopinto imaginables, de hecho hay un nivel de distorsión tal, que a pesar de ser una exageración, se puede sostener que hay tantos de modelos como el número de jurisdicciones donde la metodología se aplica. Solo para citar algunos de los problemas que se han detectado: en materia de los participantes en las audiencias, existen jurisdicciones especialmente en materia

⁶¹ La estrategia no consiguió evitar esta caída inminente.

de tránsito y en delitos no flagrantes donde se pasan audiencias sin la presencia del imputado, de igual manera sin el defensor o a pesar de su presencia no se le otorga la palabra. En materia de consecuencias jurídicas de la detención ilegal, incluso al margen de disposiciones de la Convención Interamericana de Derechos Humanos se han buscado subterfugios para no otorgar la libertad, por ejemplo: vía enviar comunicaciones a las autoridades policiales, no otorgar ninguna consecuencia jurídica, impedir discutir este tema⁶² o supuestamente corregir las ilegalidades cometidas en la propia audiencia⁶³. En materia de respeto a los derechos fundamentales, en la mayoría de jurisdicciones se tiende a establecer un doble estándar, cuando se trata de delitos socialmente graves –narcotráfico, violaciones, contra la vida–, existe una tendencia a violar los procedimientos establecidos, por ejemplo vaciar de contenido a la resolución de detención ilegal. En materia de litigio, la falta de claridad de fiscales y defensores sobre el punto a discutirse, ha generado usos disfuncionales tales como: audiencias donde la discusión se centra en la legalidad de la misma y no en los temas de fondo, análisis sobre la culpabilidad del acusado, el peligro que el imputado representa para la sociedad, los efectos del abuso de la prisión preventiva en el hacinamiento en la cárcel, en tanto, que por lo general no hay la más mínima referencia a la esencia misma de la prisión preventiva: la necesidad de cautela. Con referencia a la conducción de la audiencia: se han instaurado prácticas poco claras, como reuniones previas a la audiencia entre el juez y el fiscal para discutir si se realiza o no la audiencia y si se deja en libertad al sospechoso; hay un traspaso de ciertas prácticas del sistema escrito, por ejemplo en algunas ciudades es muy común que la audiencia comience con la lectura del parte policial por parte del secretario del juzgado y actitudes rígidas como otorgar una vez la palabra a cada actor y no otorgar derecho a la réplica. En materia de toma de resoluciones, es casi absoluta la falta de argumentación real de las resoluciones. Por último en materia de registro, la inseguridad de los juzgadores, ha llevado a prácticas no muy transparentes como omitir en el acta las intervenciones de los defensores, excluir cualquier incidente incómodo e incluso en la ciudad capital negarse a utilizar un sistema de grabación que ya se halla instalado en la sala de audiencia.

⁶² Por ejemplo en la ciudad de Quito en materia de tránsito se cambió el nombre de “audiencias de legalidad de la detención a la de “formulación de cargos”, con el fin de impedir discutir este tema.

⁶³ Por ejemplo el Consejo de la Judicatura a instruido a los jueces en caso de que exista una queja de falta de lectura de los derechos o incomunicación, que en ese momento el juez le lea los derechos o le preste una llamada de su celular.

El proceso ha sido marcado por la improvisación y desde el punto de vista cualitativo es indiscutible que tienen debilidades más serias que las Jurisdicciones de Cuenca, Gualaceo y el distrito de Cañar. En este contexto, resultaba de interés tener una idea del impacto conseguido en materia de utilización de la prisión preventiva, por ello en los datos no existentes Portoviejo antes y después de la entrada del sistema oral y Quito y Guayaquil⁶⁴ con el sistema oral casi todo el esfuerzo de levantamiento de datos de este estudio, se centró en las dos grandes ciudades y en una tercera que es la capital de Manabí la tercera provincia del país: Portoviejo (283.430 habitantes) que a pesar de tener especial relevancia hasta hoy no había sido motivo de estudio⁶⁵.

La primera conclusión que salta a la vista es que sin importar la ciudad que se trate y las difíciles circunstancias que debieron afrontar⁶⁶, las diferencias alcanzadas en el nivel de depurado para efectos de la aplicación de la prisión preventiva, es relevante. En el caso de Quito y Guayaquil el panorama es claro, debido a que 1 de cada 3 casos flagrantes hoy no reciben prisión preventiva, cuando antes la aplicación era mecánica. Incluso, Portoviejo que presenta un comportamiento atípico, porque parte de un nivel de depurado alto con el sistema escrito –3 veces mayor que el que presentaba por ejemplo Cuenca– y que de manera paralela alcanza el más bajo nivel entre todas las ciudades con el sistema oral –aproximadamente 20 puntos menos–, incluso así la diferencia entre un sistema y otro es de 2 a 1.

Si el análisis se centra en lo sucedido en los dos grandes polos, en referencia a las cifras alcanzadas por Cuenca, resulta inquietante que en las tres ciudades más grandes del país, a pesar de presentar condiciones diversas en su implementación, presenten un comportamiento casi idéntico desde el punto de vista estadístico; la sorpresa en concreto consistió en que la tercera ciudad no presente mayor nivel de depurado, frente a jurisdicciones donde la implantación tuvo problemas serios. Este hecho llevó a una revisión de las actas y en concreto a analizar las causas por las que se producía el depura-

⁶⁴ En las dos grandes ciudades se tomó como muestra los casos reportados en febrero por los defensores públicos (Quito 47 y Guayaquil 92), en tanto que en Portoviejo fueron 30 casos.

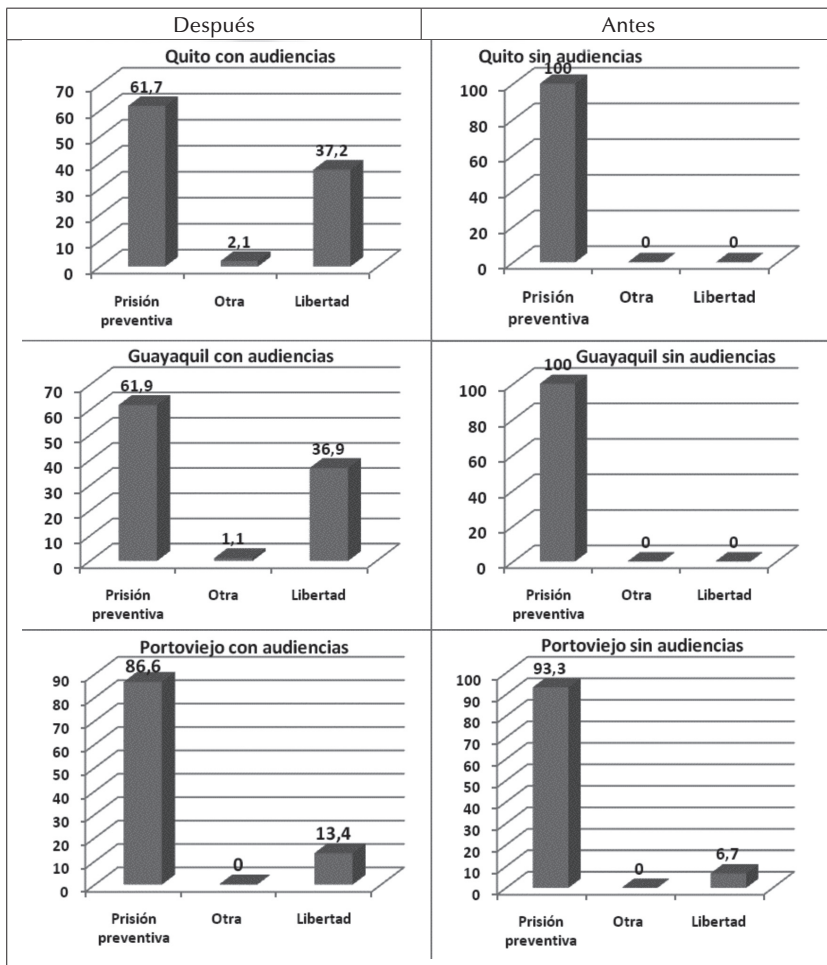
⁶⁵ Los datos estadísticos de Portoviejo fueron levantados gracias al apoyo del Diplomado en derecho Procesal de la Universidad Laica de Manta.

⁶⁶ Estas ciudades partieron de condiciones cualitativamente más complejas que Cuenca, la decisión de implementar esta metodología no fue fruto de un consenso sino de una imposición que les vino dada por una resolución de la Corte Suprema de Justicia y el Ministro Fiscal General.

do; desde el punto de vista cualitativo, se encontró una diferencia, el filtrado en las dos grandes ciudades parece estar en una fase anterior, el sistema mayoritariamente todavía se ocupa de violaciones de los cuerpos policiales; en tanto que en Cuenca se observa un depurado más fino; hay mayor incidencia de casos donde no se da paso a la privación de libertad por no haberse cumplido con el supuesto material e incluso en pocas ocasiones llega a negarse por no estar justificada la necesidad de cautelar; sin que esto quiera decir que no hay casos de detención ilegal.

Cuadro 22

NIVEL DE DEPURADO EN RAZÓN DEL SISTEMA PROCESAL QUE SE APLICA



Es un punto interesante, el comportamiento diferenciado de los Cuerpos de Seguridad en Cuenca y el distrito de Cañar en relación a las restantes ciudades, ello conlleva al menos dos aristas que vale la pena destacar: en primer lugar, refleja que de manera efectiva el sistema de justicia cuando se hace cargo de manera seria de crear mecanismos que dejen en evidencia las arbitrariedades policiales a mediano plazo tienen el potencial de variar los esquemas conductuales, a pesar de que como se anotó la justicia no decidió cortar de manera radical con estas prácticas. En segundo lugar, se podría pensar a simple vista que el tiempo disciplinó a un determinado grupo de agentes, pero ello es solo parcialmente cierto, debido a que una debilidad seria de la Policía ecuatoriana es la incesante rotación de su personal; este hecho hace más convincente la hipótesis de que entre los cuerpos policiales y los sistemas judiciales hay una permanente tensión —efectividad y respeto a los derechos fundamentales—, por ello es que los uniformados actúan de manera diferenciada de acuerdo al sistema de justicia con el que tienen que tratar.

Para terminar, es importante referirse a una arista relevante para el tema en estudio, por si fueran pocas las causas de ilegitimidad del uso de la prisión preventiva que el sistema escrito había instaurado, de manera adicional se debe agregar el hecho de que un sector relevante de casos se originaba en actuaciones que violentaban los derechos fundamentales y que la justicia no era capaz de depurarlos.

4. ESTADO ACTUAL

Como en su momento se anotó, el proceso de implantación del sistema oral pasa por un momento de crisis, entendida en su real magnitud; si bien es cierto existen riesgos serios, como: que echen raíces prácticas disfuncionales, que bajo un nuevo antifaz se vuelven una serie de prácticas basada en la vieja lógica, que muchas de las herramientas del sistema oral sean dejadas de lado por la falta de las habilidades de los actores, e incluso que el poco soporte técnico y real de estas audiencias lleve a un proceso de erosión y hasta de caricaturización.

Pero también es una realidad reconocida desde hace tiempo que los períodos críticos constituyen oportunidades, hoy resulta innegable que la introducción de audiencias orales marcó el surgimiento de un período nada habitual para la justicia ecuatoriana. Este tema ha conseguido instaurar una dinámica a momentos hasta vertiginosa en un sector regularmente marcado por el inmovilismo; solo a manera de ejemplo se describirá la producción de normativa infralegal: la

Corte Suprema de Justicia ha expedido 3 instructivos, dos de ellos publicados en el registro oficial (Nro. 221 del miércoles 28 de noviembre de 2007 y Nro. 316 de 15 de abril de 2008) y el último dictado el 27 de agosto del 2008 que en el momento que se realiza en este estudio todavía no se publica en el Registro Oficial y por tanto no entra en vigencia. La centralidad de este tema hace que a pesar que el tercer instructivo no entra en vigencia, la Comisión de implementación de la Reforma Procesal Penal integrada por las cabezas institucionales del sector justicia, en base a una propuesta de la Unidad transitoria de Defensoría Pública, ya ha preparado un borrador para un cuarto instructivo, todo ello cuando se vive un momento de incertidumbre, porque por ejemplo es inminente un nuevo cambio total de la Corte Suprema de Justicia. El Ministerio Público también ha dictado su normativa interna para la actuación de los fiscales en estas audiencias, por ejemplo: las “Directrices para la actuación de ministros, agentes fiscales, fiscales adjuntos, procuradores, secretarios y amanuenses” de fecha 2 de julio de 2008 y el Oficio circular Nro. 00191 de 10 de enero de 2008 del Ministro Fiscal General (e) dirigido a los ministros fiscales distritales en la que ordena a los fiscales actuar en audiencias.

Desde luego, el aporte de la normativa secundaria es limitado y hay muchos otros aspectos de los cuales ocuparse, por su relevancia se destacarán dos: el primero hace referencia al déficit en la formación de los actores, en especial en materia de destrezas para enfrenar estas audiencias. Ha sido una grata sorpresa que la institución más débil del sistema, la Unidad transitoria de defensoría pública ha sido la única que hasta el momento ha formado a sus profesionales de todo el país en esta materia. Otro punto débil es la falta de esquemas operativos y funcionales interinstitucionales que permitan orientar el accionar de las instituciones, lamentablemente una propuesta destinada a aprobar un conjunto con criterios administrativos conjuntos que permitiera generar turnos, flujos funcionales y responsabilidades concretos, no fue aprobada por la Subcomisión de implementación porque se subvaloró frente a los instructivos que regulan las audiencias como tales.

En todo caso el panorama es todavía impredecible, pero en términos generales hay razones para ser optimistas, uno de las fortalezas del sector justicia ecuatoriano ha sido el que ha tenido que afrontar tal vez el escenario más duro de los procesos de reforma a nivel regional y a pesar de que está muy lejos de superar sus debilidades, de manera permanente ha dado muestras de ser una reforma viva y de no perder capacidad de reacción. En cuanto a este proyecto en

concreto como se anotaba goza de vigorosidad, incluso, comparativamente con los avances en el resto de la reforma penal, es indiscutiblemente que ha conseguido mayor dinamismo⁶⁷, por tanto el escenario es complejo y duro, pero hay razones para ser optimistas.

5. ENSEÑANZAS Y PERSPECTIVAS

Visto el proceso en retrospectiva, cuando está próximo a cumplir 5 años desde que entró en vigencia (Cuenca), se puede constatar que ha estado marcado por un inusual grado de intensidad, debate y capacidad de experimentación; factores que configuran un acervo nada despreciable dentro de una cultura jurídica donde estos ingredientes suelen ser escasos.

En décadas pasadas se realizó un profundo proceso de reflexión sobre el funcionamiento de la prisión preventiva, su aporte fue determinante para fraguar una conciencia del abuso endémico en su empleo. Esta fase consigue estructurar una serie de estándares mínimos para su legitimidad, incluso consigue que sean recogidos en las legislaciones de buena parte de los países de la región, así como se plasmarlos en convenios supranacionales. Sin negar en lo absoluto este avance; el punto que es importante dilucidar, es por qué a pesar de que a lo largo del tiempo se multiplicaron los estudios, procesos de capacitación y reformas legales, todos estos esfuerzos no fraguaron en cambios relevantes. En tanto que las cifras expuestas a lo largo de toda la experiencia de aplicación del sistema oral en Ecuador, muestran que bastó la entrada en vigencia del sistema oral⁶⁸, para que sin mediar proceso de capacitación, reforma legal o cambio de personal alguno⁶⁹, se genere una ruptura profunda. La afirmación tantas veces repetida de que el sistema oral produce información de mayor calidad, parece que al menos en el tema de la prisión preventiva es susceptible de ser confirmada estadísticamente, porque de otra manera no se entiende cómo es que se pasó de que la flagrantia sea sinónimo de prisión preventiva, a un filtrado

⁶⁷ Por ejemplo un esfuerzo relevante que desarrollaba el Ministerio Público en materia de reforma funcional desde aproximadamente un año atrás parece haberse estancado.

⁶⁸ Cuenca, Quito, Guayaquil y Portoviejo. Se excluye a las cuatro ciudades del distrito del Cañar porque ahí existió un proceso de formación.

⁶⁹ Por tanto si había problema de corrupción, a no ser que el nuevo modelo haya variado las prácticas no parece haber otra razón para un cambio.

de 1 de cada 3 casos⁷⁰. Es importante anotar que esta verificación guarda armonía con el tipo de resolución, porque el resolver si es necesario privar de la libertad a una persona para asegurar su presencia en juicio, demanda de un valorar sutil⁷¹, ello explica porque una metodología más precisa produce variaciones significativas.

La perspectiva anotada abre al menos dos retos centrales, que a nuestro entender marcan el momento que vive el proceso de reforma en cuanto a las medidas cautelares en Ecuador: el primer reto consiste en afrontar una serie de debilidades generados por un proceso marcado por la improvisación; no debe llevar a confusiones el hecho de que se hayan detectado variaciones estadísticas relevantes, con la no presencia de dificultades; de hecho, desde el punto de vista cualitativo, todavía prevalecen una serie de prácticas aberrantes y viejos usos del sistema escrito que bregan por colarse. De manera adicional, con una visión estratégica se debe tener en cuenta que existen ciertos nichos, donde un trabajo bien encaminado puede producir mejoras importantes, en concreto se hace referencia a la necesidad de cautela y la consecuencia de la detención ilegal.

El segundo reto, que es el que por su envergadura y potencialidad merece mayor análisis, guarda relación con la profundidad del proceso. Si se parte de que el principio básico que se intenta garantizar es la excepcionalidad de la prisión preventiva y que para su realización práctica se han establecido una serie de herramientas, el objetivo central consiste en estructurar un conjunto orgánico de instrumentos que permitan hacer realidad la filosofía de la privación de libertad cautelar; donde el sistema oral será el medio para potenciar cada una de las herramientas. En principio la estrategia parece prometedora porque en lo sustancial implica resoluciones muy similares a la de la prisión preventiva; es coherente pensar que al aplicar la misma lógica que ya mostró funcionar en resoluciones semejantes, es una opción con probabilidades de éxito. Para comprender la estrategia es útil estructurar un esquema funcional de las diversas herramientas:

⁷⁰ Excepto Portoviejo.

⁷¹ De hecho entran en juego aspectos tales como: vínculos de carácter personal, familiar, social y patrimonial que el sujeto tiene en esta colectividad; los incentivos para fugarse, la implicación de sus actos anteriores y la existencia de indicios suficientes que hagan presumir que el caso llegará a juicio.

Cuadro 23
FILTROS PARA LA APLICACIÓN DE LA PRISIÓN PREVENTIVA



Los filtros graficados según su naturaleza se han representado con 3 colores, el primero que se relaciona con el color negro para aquel requisito que es previo a la consideración de esta medida cautelar; azul oscuro, los que deben cumplirse para la resolución de prisión preventiva; y los graficados en celeste los que hacen referencia a alternativas procesales posteriores.

a) Legalidad de la detención. Se ha dotado de un color único dentro del gráfico, debido a que simboliza un filtro previo; una aplicación legítima de la prisión preventiva en primer término pasa por constatar que los casos en los que se vaya a discutir esta medida cautelar no se haya de por medio mediado una detención ilegal. No es admisible que se pueda dar paso a la prisión preventiva en estos supuestos, porque ello implicaría que el Estado se beneficia de su propia negligencia y de la violación que cometió en contra de los derechos fundamentales⁷².

b) Estándares mínimos de la prisión preventiva. Como se anotó la decisión de prisión preventiva para alcanzar legitimidad debe

⁷² Además que es la única opción compatible con el artículo 7 numeral 6 de la Convención interamericana de Derechos Humanos y art. 9 numeral 4 del Pacto de derechos civiles y políticos.

cumplir con los requisitos del supuesto material⁷³ y necesidad de cautela; estos dos filtros deben satisfacerse para dictarse la resolución de prisión preventiva, por ello se los incluye con una coloración única. En Ecuador por mandato se debe incluir un tercer requisito que se detalla en el literal siguiente.

c) Ausencia de alternativas de menor intervención. Este tamiz tiene por finalidad el constatar que se use la prisión preventiva solo en forma subsidiaria, esto es previo análisis de que no existe una medida alternativa de menor intervención que sea capaz de garantizar los intereses de la realización de la administración de justicia. Se lo ha agregado con un color degradado porque su aplicación es posible: de manera previa, en la propia discusión de la prisión preventiva o en una discusión posterior, en el último caso se materializa a través de la figura de la revocatoria.

e) Revisión necesidad temporal. La excepcionalidad de la privación de libertad lleva implícita, el requerimiento de garantizar que su utilización sea tan limitada en el tiempo como las circunstancias del caso demandan. Esta herramienta que en nuestra legislación no consta está destinada a dotar a la justicia penal de una nueva perspectiva, introduce un nivel de exigencia sobre el sistema penal para responsabilizarse del uso de la privación de libertad en el tiempo, debido a que una medida que pudo estar justificada en el momento de adoptarse, puede volverse ilegítima, cuando se abusa de ella por negligencias administrativas, fallas de coordinación o displicencia de ciertos funcionarios. La filosofía que existe atrás de esta figura es de carácter pragmática comprometida en defensa de las garantías básicas, establece una clara diferencia en el nivel del daño que se causa en virtud del tiempo de privación de libertad. Es importante anotar que en algunas jurisdicciones a pesar de no existir norma expresa en virtud del mandato constitucional se está ya aplicando.

f) Necesidad actual. Esta labor se cumple mediante la figura de la revocatoria, permite analizar si aquella decisión que se adoptó hace un tiempo responde a las circunstancias actuales del caso, de esta

⁷³ Hay autores como Alberto Bovino que consideran que el supuesto material o mérito sustantivo, es un requisito para la persecución penal, este criterio se adapta más a sistemas escritos o denominados mixtos, porque en ellos el proceso penal comienza con anterioridad, pero en un sistema oral integral el proceso es la audiencia de juicio y todo lo anterior son actos investigativos que cuando implican una limitación a los derechos de una persona requieren orden judicial. Véase: Bovino Alberto (2007), *Aporías, sombras y ficciones en la justificación del encarcelamiento preventivo*, en Foro Nro. 8, Corporación editora Nacional: Quito.

manera, consigue instaurar un eje adicional para que el principio de excepcionalidad consiga efectivizarse. La legislación vigente no es de lo más adecuada, debido a que consagra opciones procesales que corresponden a una revocatoria por causas de mandato legal –numerales 2 y 4 del artículo 170⁷⁴–, con casos que se trata de verdaderas revisiones de la medida cautelar donde requiere volver a valorar las actuales circunstancia y observar si en este momento se justifica mantener la prisión preventiva, sustituir por otra medida cautelar o revocarla –numerales 1 y 3 del artículo 170–.

A manera de conclusión se puede anotar que Ecuador en materia de prisión preventiva, partió de un escenario poco propicio desde el punto de vista legal y funcional. A pesar de que el proceso iniciado ha tenido que afrontar problemas serios, como falta de cultura jurídica en el tema, prácticas atávicas, contrarreforma e iniciativas frustradas por débiles procesos de implementación; sin embargo, visto el proceso global de la última década, es indudable, una vigorosidad nada despreciable y una serie de iniciativas que finalmente terminan por dar frutos. Por ello, a pesar de que el presente es sombrío, en el caso ecuatoriano hay razones para ser optimistas.

6. IDENTIFICACIÓN DE FACTORES CLAVE PARA EL PROCESO

Apoyo Técnico. Ecuador vive un momento clave en el cual es clave, porque como se ha anotado esta en un momento donde precisamente la justicia penal en materia de medidas cautelares se está rediseñando y es el momento para intentar incidir en la concepción y usos de los actores. El apoyo técnico al en cuatro frentes:

Aspecto legal. En este momento en la Asamblea Nacional se discute las reformas al Código de Procedimiento Penal y un eje central es el tema de las medidas cautelares. Es importante anotar que Ecuador enfrenta el reto de plasmar en la legislación los principio de excepcionalidad de la privación de libertad y el uso prioritario de medidas alternativas al juicio oral. Por ese motivo sería oportuno un apoyo técnico y el manejo de legitimidad y consenso que puede facilitar ciertos organismos o actores de reconocido prestigio; sobre todo para disipar ciertos temores. La limitante en este tema es que una intervención debería ser inmediata porque caso contrario no tendría efecto.

⁷⁴ Su aplicación en el un caso es consecuencia legal del sobreseimiento y en el otro no pasa de constatar que la privación de libertad ha superado los límites legales.

Aspecto administrativo. Ecuador en lo básico nunca superó la estructura feudal donde cada judicatura, despacho fiscal y defensor son un mundo aparte, bajo este esquema funcional es predecible lo que puede pasar cuando deban asumir una carga laboral basado en la masiva realización de audiencias. Por ello, sin una intervención profunda se vuelve capaz de reorganizar las instituciones se vuelve difícil si no va acompañada de nuevos esquemas funcionales. Es importante destacar que un colapso en esta etapa afectaría de manera directa a las medidas cautelares, porque las resoluciones de esta materia constituyen el grueso de las que ventilan en esta etapa, un manejo desprolijo, bajo paradigmas caducos pondría en riesgo el trabajo de actores que se han jugado por este proyecto y erosionaría el naciente movimiento reformista de Ecuador.

Con respecto específicamente a las medidas cautelares sería prioritario un traspaso de metodologías, como las de servicios previos al juicio, porque como se anotó esfuerzos artesanales dieron resultados prometedores, por ello el introducir esquemas técnicos sería un tema de interés. De la misma forma metodologías para el seguimiento del cumplimiento de las vías alternativas al juicio oral, para hacer sustentable el proceso, es imprescindible conseguir que su aplicación deje de ser sinónimo de impunidad.

Capacitación. En materia de capacitación, hay dos puntos críticos: el primero si se consigue variar la realidad funcional de las instituciones sería el capacitar a estos nuevos perfiles profesionales y las habilidades requeridas para un buen desempeño. En cuanto a la esfera profesional del derecho el tema central estaría en el desarrollo de destrezas en litigación y conducción de audiencias; en el caso ecuatoriano como contraparte los profesionales que podrían servir de contraparte me permito sugerir a la Dra. Julia Elena Vázquez, Cristóbal Machuca y quien escribe, debido a que han sido quienes han trabajado de manera regular temas de formación en litigación oral, pero se tendría que analizar el tema de que dos de las tres personas no han trabajado en litigación en etapas previas, por tanto se requeriría un apoyo anterior, y tal vez formar a nuevos instructores.

Acuerdos. Por último, sería interesante un apoyo como ya se ha realizado en otras ocasiones, donde la participación de instructores internacionales pueda consistir en aprovechar su prestigio, para conducir debates y llegar a acuerdos; debido a que en este momento dentro del panorama nacional, sobre estos temas no hay todavía personas de consenso que se aglutinen a todos los actores.

ANEXO 1

UNIDAD DE VERIFICACIÓN DE ANTECEDENTES PERSONALES FORMATO DE VERIFICACIÓN DE DATOS

1. Disponibilidad Aportar información:	Sí	No
---	----	----

2.A. Disponibilidad aspecto laboral:

Tiene trabajo:	Sí	No	
Identifica:	Sí	No	
Nom.			
Telf:	Sí	No	
Dir:	Sí	No	
Negocio propio:	Relación de dependencia:	Temporal:	Permanente:
Tiempo de empleo o negocio:		años:	
Cargo o labor:			
Ingresos mensuales:			
Comentario:			

2B. Confirmación laboral

Confirma actividad:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma identificación:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma tipo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma tiempo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma Cargo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Confirma sueldo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad Sí
Comentario:				

3A. Domicilio

Propio	Familiar	Arrendado	Temporal	permanente
Tiempo de residencia ciudad:				
actual domicilio				
Comentario:				

2B. Confirmación domiciliaria

Confirma Dirección:	Sí	No	parcial	Imposibilidad
Tiempo de residencia:	Sí	No	parcial	Imposibilidad
Confirma tiempo:	Sí	No	parcial	Imposibilidad: Sí

3A. Familiar

Padre familia	hijo de familia	vive independiente			
Descripción núcleo familiar:					
Tiene dependientes:	Sí	No	Es dependiente:	Sí	No

3B. Confirmación familiar

Confirma posición familiar:	Sí	No	parcial	Imposibilidad
Confirma descripción:	Sí	No	parcial	Imposibilidad: Sí
Confirma dependencia:	Sí	No	parcial	Imposibilidad: Sí
Comentario:				

ANEXO 2

Con posterioridad a la culminación del presente informe, la legislación procesal penal de Ecuador tuvo una modificación integral que en sus líneas generales incorpora la oralidad en la toma de decisiones más relevantes del proceso, incorpora las salidas alternativas y profundiza la regulación del juicio oral. Adicionalmente, se toca a la prisión preventiva y el régimen de medidas cautelares en general, información que parece relevante para la consideración del lector al analizar este informe. A continuación, se reproduce la modificación específica al régimen de medidas cautelares.

REGISTRO OFICIAL NRO. 555 - MARTES 24 DE MARZO DE 2009 SUPLEMENTO

REGISTRO OFICIAL

Administración del Señor Ec. Rafael Correa Delgado
Presidente Constitucional de la República del Ecuador
Martes, 24 de Marzo de 2009 - R. O. No. 555

SUPLEMENTO

ASAMBLEA NACIONAL

COMISION LEGISLATIVA Y DE FISCALIZACION

LEY: Ley Reformatoria al Código de Procedimiento Penal y al Código Penal

Art. 32. Sustitúyase el artículo 159 con el siguiente:

Art. 159. A fin de garantizar la intermediación del procesado al proceso y la comparecencia de las partes al juicio, así como el pago de la indemnización de daños y perjuicios al ofendido, el juez podrá ordenar una o varias medidas cautelares de carácter personal y/o de carácter real.

En todas las etapas del proceso las medidas privativas de libertad se adoptarán siempre de manera excepcional y restrictiva, y procederán en los casos que la utilización de otras medidas de carácter personal alternativas a la prisión preventiva no fueren suficientes para evitar que el procesado eluda la acción de la justicia.

Se prohíbe disponer medidas cautelares no previstas en este Código.

Art. 33. Sustitúyase el artículo 160, por el siguiente:

Art. 160. Las medidas cautelares de carácter personal, son:

- 1) La obligación de abstenerse de concurrir a determinados lugares;
- 2) La obligación de abstenerse de acercarse a determinadas personas;
- 3) La sujeción a la vigilancia de autoridad o institución determinada, llamada a informar periódicamente al juez de garantías penales, o a quien éste designare;
- 4) La prohibición de ausentarse del país;
- 5) Suspensión del agresor en las tareas o funciones que desempeña cuando ello significare algún influjo sobre víctimas o testigos;
- 6) Ordenar la salida del procesado de la vivienda, si la convivencia implica un riesgo para la seguridad física o psíquica de las víctimas o testigos;
- 7) Ordenar la prohibición de que el procesado, por sí mismo o a través de terceras personas, realice actos de persecución o de intimidación a la víctima, testigo o algún miembro de su familia;
- 8) Reintegrar al domicilio a la víctima o testigo disponiendo la salida simultánea del procesado, cuando se trate de una vivienda común y sea necesario proteger la integridad personal y/o psíquica;
- 9) Privar al procesado de la custodia de la víctima menor de edad, en caso de ser necesario nombrar a una persona idónea siguiendo lo dispuesto en el artículo 107, regla 6 del Código Civil y las disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia;
- 10) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez de garantías penales o ante la autoridad que éste designare;
- 11) El arresto domiciliario que puede ser con supervisión o vigilancia policial;
- 12) La detención; y,
- 13) La prisión preventiva.

Las medidas cautelares de orden real son:

- 1) El secuestro;
- 2) La retención; y,
- 3) El embargo.

Art. 34. A continuación del Art. 160, añádase el siguiente artículo innumerado:

Art.- Audiencias para la medida cautelar de prisión preventiva. Desde el inicio de la instrucción, la medida cautelar de prisión preventiva deberá ser resuelta en audiencia oral, pública y contradictoria, salvo las excepciones previstas en este Código.

Al efecto, el juez de garantías penales convocará a los sujetos procesales en el término de hasta cinco días a audiencia.

La parte que pretenda valerse de un elemento de convicción tendrá la carga de su presentación en la diligencia, la cual, sin embargo, no podrá suspenderse por falta de tal elemento.

El juez de garantías penales escuchará en primer lugar al fiscal; luego concederá la palabra a la contraparte y promoverá el debate sobre los puntos litigiosos de los elementos presentados. El juez de garantías penales decidirá en la misma audiencia exclusivamente sobre lo solicitado, lo debatido y aquello que resulte directa y procesalmente relacionado.

La comunicación de la resolución, que en todo caso será oral, bastará como notificación a los sujetos procesales.

Toda convocatoria a audiencia llevará la prevención que de no asistir el defensor particular del sospechoso o procesado, actuará en su lugar el defensor público, designado por el juez de garantías penales en la misma providencia que contenga tal convocatoria.

Se redactará un extracto de la audiencia, la cual contendrá la identidad de los participantes, los puntos propuestos y debatidos y lo resuelto por el juez de garantías penales. El acta será suscrita por el secretario.

Art. 35. Sustitúyase el artículo 161 por el siguiente:

Art. 161. Detención por delito flagrante. Los agentes de la Policía Nacional, de la Policía Judicial, o cualquier persona pueden detener, como medida cautelar, a quien sea sorprendido en delito flagrante de acción pública. En este último caso, la persona que realizó la detención deberá inmediatamente entregar al detenido a un miembro policial.

El policía que haya privado de libertad o recibido a una persona sorprendida en delito flagrante, comparecerá de inmediato con el detenido ante el juez de garantías. El fiscal, con la presencia del defensor público, podrá proceder previamente conforme lo determina el artículo 216 de este Código, luego de lo cual el agente de la Policía elaborará el parte correspondiente, quien además comunicará a éste sobre el hecho de la detención.

Dentro de las veinticuatro horas desde el momento en que ocurrió la detención por delito flagrante, el fiscal solicitará al juez de garantías penales que convoque a audiencia oral en la que realizará o no la imputación, y solicitará la medida cautelar que considere procedente, cuando el caso lo amerite.

Art. 36. A continuación del artículo 161, añádase el siguiente artículo innumerado:

Art.- Audiencia de calificación de flagrancia. El juez dará inicio a la audiencia identificándose ante los concurrentes como juez de garantías penales, señalando los derechos y garantías a que hubiere a lugar. Luego concederá la palabra al representante de la Fiscalía quien expondrá el caso, indicando las evidencias encontradas en poder del sospechoso, y fundamentando la imputación que justifica el inicio de la instrucción fiscal, de conformidad con los requisitos establecidos en el artículo 217 de este Código. El fiscal solicitará las medidas cautelares que estime necesarias para la investigación y señalará un plazo máximo de hasta treinta días para concluir la instrucción fiscal. Acto seguido el juez de garantías penales concederá la palabra al ofendido, en caso de haberlo, al policía si lo estimare necesario, a fin de que relate las circunstancias de la detención. Luego escuchará al detenido para que exponga sus argumentos de defensa, quien lo hará directamente o a través de su abogado defensor. La intervención del detenido no excluye la de su defensor.

El juez de garantías penales concluirá la audiencia resolviendo la existencia de elementos de convicción para la exención o no de medidas cautelares. Inmediatamente, dispondrá la notificación a los sujetos procesales en el mismo acto de la audiencia. Posteriormente, el fiscal de turno, remitirá lo actuado a la Fiscalía General, a fin de que continúe con la instrucción el fiscal especializado que avoque conocimiento, en caso de haberla.

Art. 38. Agréguese en el artículo 167, a continuación del numeral 3, los siguientes numerales:

4. Indicios suficientes de que es necesario privar de la libertad al procesado para asegurar su comparecencia al juicio.
5. Indicios suficientes de que las medidas no privativas de libertad son insuficientes para garantizar la presencia del procesado al juicio.

Art. 39. A continuación del artículo 167 agréguese el siguiente artículo innumerado:

Art.- La solicitud de prisión preventiva será motivada y el fiscal deberá demostrar la necesidad de la aplicación de dicha medida cautelar. El juez de garantías penales rechazará la solicitud de prisión preventiva que no esté debidamente motivada.

Si el juez de garantías penales resuelve no ordenar la prisión preventiva, y se estableciera que la libertad del procesado puede poner en peligro o en riesgo la seguridad, o la integridad física o psicológica del ofendido, testigos o de otras personas, la Fiscalía adoptará las medidas de amparo previstas en el sistema y programa de protección a víctimas, testigos y demás participantes en el proceso penal.

Si se trata de delitos sexuales o de lesiones producto de violencia intrafamiliar cometidos en contra de mujeres, niños, niñas o adolescentes, a más de las medidas de amparo adoptadas por la Fiscalía, el juez de garantías penales prohibirá que el procesado tenga cualquier tipo de acceso a las víctimas o realice por sí mismo o a través de terceras personas actos de persecución o de intimidación a las víctimas o algún miembro de su familia.

Toda medida de prisión preventiva se adoptará en audiencia pública, oral y contradictoria, en la misma que el juez de garantías penales resolverá sobre el requerimiento fiscal de esta medida cautelar, y sobre las solicitudes de sustitución u ofrecimiento de caución que se formulen al respecto.

En esta audiencia, si el ofendido considera pertinente, solicitará fundamentadamente al fiscal la conversión de la acción, o el procesado podrá solicitar la aplicación del procedimiento abreviado, en la forma y términos previstos en este Código.

Art. 41. En el artículo 169, agréguese un inciso que diga:

Producida la caducidad de la prisión preventiva, en la misma pro-

videncia que la declare el juez dispondrá que el procesado quede sujeto a la obligación de presentarse periódicamente ante el juez y la prohibición de ausentarse del país, o una sola de estas medidas si la estimare suficiente, para garantizar la inmediación del procesado con el proceso;

Art. 42. Sustitúyase el artículo 171, por el siguiente:

Art. 171. Revisión. El juez de garantías penales puede sustituir o derogar una medida cautelar dispuesta con anterioridad o dictarla no obstante de haberla negado anteriormente, cuando:

- a) Concurran hechos nuevos que así lo justifiquen;
- b) Se obtenga evidencias nuevas que acrediten hechos antes no justificados o desvanezcan los que motivaron la privación de libertad.

Siempre que no se trate de delitos contra la administración pública, de los que resulte la muerte de una o más personas, de violación o de odio, la prisión preventiva podrá ser sustituida por el arresto domiciliario en los casos en que la persona procesada sea mayor de sesenta años de edad, o una mujer embarazada o parturienta, y en este último caso hasta noventa días después del parto. Este plazo podrá extenderse cuando el niño o niña hubiera nacido con enfermedades que requieran el cuidado de la madre, hasta que las mismas se superen.

Para adoptar la medida cautelar que corresponda, buscará la menor intervención que permita garantizar la presencia del procesado al juicio.

Cuando el fiscal haya incumplido el plazo fijado por el juez de garantías penales para el cierre de la investigación y en la audiencia para revisar la medida cautelar no otorgue una explicación satisfactoria, el juez de garantías penales podrá derogar o sustituir la medida cautelar.

Las mujeres embarazadas privadas de libertad que no puedan beneficiarse con la sustitución de la prisión preventiva, cumplirán la medida cautelar en lugares especialmente adecuados para este efecto.

El control del arresto domiciliario está a cargo del juez de garantías penales, quien podrá verificar su cumplimiento a través de la Poli-

cía Judicial o por cualquier otro medio. El arrestado no estará necesariamente sometido a vigilancia policial interrumpida; esta podrá ser reemplazada por vigilancia policial periódica.

Si se incumpliere la medida sustitutiva, el juez de garantías penales la dejará sin efecto, y en el mismo acto ordenará la prisión preventiva del procesado. En este caso, no procederá una nueva medida de sustitución.

El funcionario designado para el control de la presentación periódica ante la autoridad, tendrá la obligación ineludible de informar al juez de garantías penales dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes al día previsto para la presentación si ésta se ha producido o no, bajo pena de quedar sujeto a las responsabilidades administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

La prohibición de salir del país será notificada a la Dirección Nacional de Migración y a las Jefaturas Provinciales de Migración, organismos que serán responsables de su cumplimiento, bajo prevenciones legales.

Art. 43. Sustitúyase el artículo 172 por el siguiente:

Art. 172. El procesado o el fiscal, pueden apelar de la orden de prisión preventiva impuesta o negada por el juez de garantías penales cuando consideren que hubo errónea valoración de los elementos aportados por las partes para la adopción de la resolución. Su trámite se realizará conforme a lo establecido en el presente Código.

La impugnación y la concesión del recurso no tendrán efecto suspensivo, ni serán causa que obstaculice la prosecución de la investigación fiscal o del proceso.

Para conocer y resolver la apelación, se enviará copia del proceso al superior.

La Sala a la que le corresponda, resolverá por el mérito de lo actuado en un plazo de cinco días; de no hacerlo, el superior jerárquico impondrá a los respectivos jueces la multa de un salario mínimo vital por cada día de retraso; si el atraso fuere causado por una de las salas de la Corte Nacional la sanción será impuesta por el tribunal en Pleno, con exclusión de los jueces que incurrieron en el retraso.

Art. 176. Caución. La procedencia y monto de la caución se discu-

tirá en audiencia pública. El monto deberá ser suficiente para garantizar la presencia del procesado al juicio; para el efecto se tomará en cuenta las circunstancias personales del procesado y el delito de que se trate. En ningún caso el monto establecido podrá ser inferior al de los daños y perjuicios ocasionados al afectado, donde entre otros rubros se calcularán los daños personales y económicos sufridos, los ingresos que ha dejado de percibir fruto del delito causado, el patrocinio legal, el daño causado a su núcleo familiar y el tiempo invertido por parte del afectado.

El juzgador podrá negar el pedido de caución cuando por la gravedad del caso, el interés público o el incentivo de fuga, considere que no procede.

El fiscal, el ofendido o el procesado, pueden apelar de la resolución judicial, si consideran que el monto fijado no corresponde a las circunstancias procesales. La apelación se concederá en efecto devolutivo.

Art. 47. Sustitúyase el artículo 191 por el siguiente:

Art. 191. Modalidades. Para asegurar la presencia del procesado a juicio, la ejecución de la pena y las indemnizaciones pecuniarias, el juez de garantías penales podrá ordenar sobre los bienes de propiedad del procesado el secuestro, la retención o la prohibición de enajenar. Estas medidas cautelares solo podrán dictarse cuando el caso reúna las condiciones necesarias como para hacer previsible que el procesado pueda ser llevado a juicio como autor o cómplice y que la necesidad de precautar la administración de justicia así lo impugnan.

Art. 50. En el Libro IV, antes del Título I, agréguese el siguiente Título innumerado:

Título: NORMAS GENERALES PARA LAS AUDIENCIAS

Art. Trámite de las Audiencias. Las partes podrán proponer cualquier tema que crean procedente, con excepción de los que entran en contradicción con el debido proceso, aquellos en los que exista una prohibición legal o afecten de manera ilegítima a uno de los derechos de las partes.

Se pueden plantear temas tales como: legalidad de la detención; solicitudes referidas a adoptar medidas para que la Fiscalía y la

Policía no violen los derechos del procesado; resoluciones para autorizar ciertos actos investigativos; auto de apertura de la instrucción fiscal; medidas cautelares, revisión de las medidas cautelares o apelación de las medidas cautelares; cierre del tiempo de investigación cuando se haya dictado prisión preventiva; procedimientos alternativos al juicio como acuerdos reparatorios, conversiones, suspensión condicional del procedimiento, procedimientos abreviados o simplificados.

Son actores indispensables para la válida realización de una audiencia; el juez o tribunal de garantías penales, el fiscal, el abogado defensor y el procesado.