

**Un estudio representativo
sobre el Derecho a ser
oído en el Ecuador ante
las reformas procesales
penales**

AUTOR
Stefan Krauth

CAPÍTULO PRIMERO: El derecho al acceso a la Justicia – el marco teórico	8
1. El Derecho a ser oído y la función del sistema judicial	8
1.1.Los Derechos Humanos como protección contra el futuro	13
1.2.Las condiciones previas de la generalización de la comunicación	18
1.3.La debilidad del derecho en la región y su funcionalidad política	21
2. El Derecho a ser oído y los procedimientos directos y abreviados en la legislación ecuatoriana	26
3. Reparos teóricos ante los procedimientos directos y abreviados	29
CAPÍTULO SEGUNDO: Estudio representativo sobre la productividad judicial en el ámbito del derecho penal	37
1. La metodología	38
1.1.Los resultados – tipos de delitos procesados	42
1.2. Los resultados – procedimientos aplicados por la justicia penal y porcentaje de casos archivados según la muestra	44
1.3. Procedimiento abreviado	47
1.4.Prisión Preventiva	47
1.5.Prisión preventiva y procedimiento abreviado	47
1.6.Resultados de los juicios penales	48
1.7. Procedimiento directo	50
CAPÍTULO TERCERO: El derecho al acceso a la Justicia – el marco empírico	51
1. La realidad del procedimiento abreviado	51

2. Las entrevistas	53
3. Interpretación – la cultura del trámite frente a la cultura del litigio o: “Ayudamos al Estado. El Estado no gasta en la investigación.”	62
4. El derecho al acceso a la justicia – la perspectiva de la víctima	63
4.1.Caso concreto I: robo armado	66
4.2.Caso concreto II: violación	69
5. Observaciones de audiencias de flagrancia y del procedimiento directo	70
5.1.Tabla I: Las audiencias observadas	71
5.2.Interpretación Tabla I	72
5.3.Audiencias observadas	73
6. Conclusión: la gestión de la flagrancia como exclusión de comunicación	88
Conclusión y recomendaciones	93

AGRADECIMIENTOS

El autor quiere agradecer a Johann Neukirch, Lea Wiesmüller y a los estudiantes de la Universidad Indoamérica, Quito.

Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo.

— *Georg Wilhelm Friedrich Hegel*

CAPÍTULO PRIMERO:

El derecho al acceso a la Justicia – el marco teórico

1. El Derecho a ser oído y la función del sistema judicial

Fácilmente, se puede entender las denominadas garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) como conjunto de derechos garantizando el acceso a la Justicia, o, tal vez más exacto, como derechos que posibilitan el flujo de información entre la sociedad, es decir su entorno, y el sistema parcial “Justicia”. Si entendemos con la teoría de sistemas el Derecho como subsistema (como sistema parcial de la sociedad¹) que requiere de un acoplamiento estructural con otros sistemas de funciones, queda claro, que lo decisivo para este acoplamiento es el flujo de información, es decir el “INPUT” que recibe el sistema por parte de su entorno. El sistema judicial está procesando aquella información (por ejemplo en forma de demandas o acusaciones), para posteriormente facilitar a su entorno un pronunciamiento sobre lo normativo, para otorgarle una retroalimentación en el ámbito de lo normativo: si, por ejemplo en el caso del Derecho civil, la parte demandada, haya violado lo estipulado por un contrato, o, en el caso del Derecho penal, el imputado haya “cometido un delito”, es decir, si o no realizó la conducta típica estipulada por el tipo penal (con dolo, con antijuridicidad etc.).

Las operaciones del sistema judicial dependen de la información facilitada por parte de su entorno. Distinto al derecho material, lo cual tiene como objetivo la aplicación del derecho en el caso concreto de los hechos (los antecedentes)², se puede entender el derecho procesal como conjunto de reglas reglamentando el flujo de aquella información que forma posteriormente la “materia primaria” para la subsunción, es decir para la aplicación del derecho material, pues, en el ámbito del

¹Véase Adam Podgorecki, Dinesh Khosla (editores), *Legal Systems and Social Systems*, Londres 1985.

²La práctica de la subsunción de un fenómeno vital bajo la premisa de la norma. La Constitución Política de la República del Ecuador (2008) tiene muy claro este concepto cuando estipula en su artículo 76 numeral 7 literal I): No habrá motivación de las resoluciones si no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Es decir,

derecho procesal penal se regula dudas como: ¿Qué prueba debería ser excluida³, hasta qué etapa del proceso la Defensa tiene el derecho a solicitar pruebas, o, en general, en qué forma entran o no entran los hechos al juicio?

En consecuencia, entenderemos las denominadas garantías judiciales como reglas del flujo de información. Desde allí queda claro que las garantías judiciales no existen, por lo menos no exclusivamente, a favor de la persona procesada, sino a favor del funcionamiento del Derecho en su totalidad. De esta manera se asegura que la forma del *input* proporcionado por el entorno por su parte no atenta contra la validez del orden normativo: Evidentemente, no se puede basar una convicción en una prueba obtenida por, por ejemplo, tortura sin atentar contra la prohibición de la tortura y, en consecuencia, caer en una contradicción acerca de lo normativo – y finalmente socavar el orden normativo. Esta hipótesis desarrollaremos en los siguientes capítulos. Por el momento basta sostener que el sistema judicial no solamente se pronuncia sobre (la validez de) normas al tomar decisiones de fondo, sino también al decidir sobre reglas del debido proceso.⁴ Este aspecto igualmente profundizaremos más adelante.

Cuando hablamos de un “pronunciamiento sobre lo normativo”, nos referimos a la validez de una norma, una validez que siempre está en juego. A pesar del incumplimiento, la dimensión normativa de un contrato sigue intacto, a pesar de la perpetración de un delito, el tipo penal queda intacto como norma (como generalización de una expectativa normativa), siempre y cuando una sentencia⁵ se

³Véase por ejemplo Art. 76 núm. 4 CRE, una norma que no es aplicada en la práctica.

⁴Probablemente ahí descansa el “malentendido” de los seguidores de un Derecho penal “efectivo”. La limitación de garantías judiciales no contribuye al fortalecimiento de un orden normativo, al contrario.

⁵*Sentencia* se puede traducir a alemán como *Urteil*. Según Friedrich Hölderlin (1770-1843) *Urteil* es la primera separación de – en la intuición intelectual normalmente estrechamente unida – sujeto y objeto, aquella separación mediante la cual sujeto y objeto al principio son *posible*, la separación inicial, la *Ur-Teilung*. Por ejemplo, cuando yo digo “Yo soy Yo”, llego a una conclusión (sentencia) mediante la cual separo lo que inicialmente es uno, contraponga sujeto (Yo) y objeto (Yo). En el lenguaje jurídico, el *Urteil*, se refiere a la subsunción de lo concreto (el fenómeno vital, el objeto) bajo el sujeto (la noción, lo abstracto) con la cual el juzgador concluye, “cierre” el caso. En la operación de juzgar, la noción (la premisa) llega a la conclusión que lo concreto, el fenómeno vital, “pertenece” a ella, forma parte de ella. En la noción alemana *Urteil* todavía existen hallazgos de este sentido. La noción *sentencia* en español tiene, sólo aparentemente, dos sentidos. Uno, la oración gramática, y según el otro, es la sentencia con la cual el juzgador concluye el juicio. Sin obstante, la oración gramática solamente es completa cuando se unen sujeto y objeto (Yo soy Yo), y

pronuncie correspondientemente. Para obtener aquella afirmación, no es necesario recurrir a un nivel más alto (en el sentido de Hans Kelsen), más bien vale que el “derecho es válido cuando está acompañado por el símbolo de la validez – y cuando no, no.”⁶ En consecuencia, el concepto de la norma se refiere a una forma específica de expectativa fáctica, la cual puede ser observada y que se vuelve comprensible en la comunicación.

En palabras aún más sencillas: normas representan expectativas normativas y sentencias son comunicación sobre expectativas normativas, esto es, “expectativas que anticipan normativamente lo que es normativamente de esperar.”⁷ Sentencias son símbolos de validez. Mediante de la subsunción del caso concreto bajo la norma⁸ (esto es la práctica de la justicia que desemboca en la sentencia), el sistema “Derecho” se enfrenta con la realidad, refuta el cuestionamiento (el “atento” contra la validez de una norma), y, siempre ante el caso concreto, afirma la validez de la norma. Por esto, se puede definir la práctica del Derecho como comunicación sobre expectativas normativas. Lo normativo se vuelve comprensible en la facticidad de la comunicación. Sobre esta base, es de esperar que, finalmente, el comportamiento humano sea modulado ante la expectativa normativa. Antes se decía que, en el sentido de Immanuel Kant, la pura razón⁹ desemboque en la realidad.¹⁰

una sentencia jurídica dice, al final de la subsunción, $a = b$, el caso concreto (el fenómeno vital) es o no es parte de la norma. Igual en inglés: *sentence* puede ser la oración gramática y la sentencia: él ha sido condenado, he was sentenced...La raíz latín *sententia* significa pensamiento, manera de pensar, opinión, juicio, decisión, pero también: un pensamiento expresado, aforismo. Véase también el verbo *sentire*: sentir, siendo de una opinión, percibir.

⁶ Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, página 20.

⁷ Niklas Luhmann, *El Derecho de la Sociedad*, página 20.

⁸ Véase Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, 2001, página 265.

⁹ Lo que es, en el sentido de Kant, “la obra sólo según aquella máxima por la cual puedas querer que al mismo tiempo se convierta en ley universal. Obra como si la máxima de tu acción pudiera convertirse por tu voluntad en una ley universal de la naturaleza.”

¹⁰ Este es el cruce entre la teoría absoluta de la pena y su utilidad escondida: precisamente por su carácter “absoluto” que – supuestamente – no mira hacia la consecuencia o la utilidad de la justicia, ella se vuelve “útil” para lo sociedad, mientras las teorías “relativas” de la pena buscan su utilidad para la sociedad a través de los conceptos “corrección”, “rehabilitación social” o “intimidación” y fracasan a menudo en el intento de demostrar su efectividad y utilidad empíricamente. Recordemos en este sentido Hegel: “Buscar el fin de la pena en el efecto motivatorio sobre el individuo sería tratar al sujeto como a un perro al que se le levanta un palo.” Véase también Monika Frommel, *Präventionsmodelle in der deutschen Strafzweckdiskussion. Beziehungen zwischen Rechtsphilosophie, Dogmatik, Rechtspolitik und Erfahrungswissenschaften*, Duncker & Humblot, *Schriften zum Strafrecht* Bd. 71, Berlin, 1987.

La vulnerabilidad del Derecho se debe a la relación que guarde con la sociedad. Por una parte, la sociedad es el entorno del sistema del derecho; por otra, todas las operaciones del sistema son operaciones que se efectúan dentro de la sociedad. Ante esto, Niklas Luhmann conduce la conclusión que el “sistema jurídico ratifica la sociedad en cuanto se diferencia de ella”.¹¹ El Derecho introduce un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho – lo cual se puede entender como división laboral entre dos sistemas.

Para fines de nuestra investigación – el alcance de las Garantías Judiciales relacionadas con el acceso a la Justicia – cabe plantear la pregunta *cómo* las operaciones del sistema jurídico producen la diferencia entre sistema y entorno, o, lo que es lo mismo, señalar a la necesidad de la apertura de un sistema. Debido a la ley de la entropía, los sistemas que se encuentran cerrados frente a su entorno, poco a poco, se irían identificando con él. Por consiguiente, se desvanecerían al perder energía. En cambio, para la construcción de complejidad, para la producción y sostenimiento de la “neguentropía”, es necesario un continuo intercambio con el entorno de información. El sistema judicial produce complejidad realizando la clausura de operación que determina en la sentencia¹²: derecho / no derecho – y de esta manera produce el *output* para la sociedad: El comportamiento en cuestión se puede subsumir bajo la norma (el tipo penal) X.

Nuestra hipótesis inicial en relación al sistema penal en el Ecuador es que, debido a la debilidad y politización de las instituciones del país – el sistema penal no guarda distancia con su entorno. Por ende, el sistema penal se identifica con él, y, al final, carece de capacidad de producir complejidad normativa en forma de *outputs*. Más bien, el sistema penal ecuatoriano *se cierre frente su entorno* al no procesar información, o tal vez más exacto, procesa información sólo selectivamente, mientras se ha entendido la necesidad de un continuo intercambio del sistema parcial con el entorno – ya se tratará de energía como tal, o de información¹³.

¹¹Niklas Luhmann, El Derecho de la Sociedad, página 21.

¹² Otra vez, se puede notar el cierre, la conclusión con la cual termina la “búsqueda”. Al final, la sentencia se reduce a la oración gramática: $a = b$. Por eso, se denomina el sistema del derecho como un sistema *operativamente* clausurado. Se cierre en la operación de llegar a la “sentencia”. Véase Niklas Luhmann, El Derecho de la Sociedad, página 23.

¹³ Véase Niklas Luhmann, El Derecho de la Sociedad, página 27.

En consecuencia, son sólo los sistemas abiertos que pueden transformar *inputs* en *outputs* – mientras los sistemas cerrados no procesan *inputs*. La teoría consiste en la afirmación de que para que el sistema construya su propia complejidad, es necesaria la clausura de operación – frecuentemente esto se formula como condición para extraer “orden del ruido”. Para quedar en esta metáfora: una sociedad sin sistema parcial “Justicia” no puede extraer orden del ruido porque escucha nada más que ruido, mientras el sistema judicial “sano”, el sistema que mantiene su distancia con su entorno, produce complejidad realizando la clausura de operación que determina en la sentencia: derecho / no derecho ante el caso concreto (la información procesada según las reglas del proceso pena, en el caso del Derecho penal) – y de esta manera produce el *output* para la sociedad, el output en el sentido de una orientación normativa, necesaria para el funcionamiento de una sociedad moderna, es decir funcionalmente diferenciada.

Nuestra hipótesis sobre la realidad del derecho penal en el Ecuador es que aquello sufre de falta de autonomía frente su entorno. Es un, en el lenguaje anteriormente aplicado, sistema cerrado que carece de la capacidad de procesar la información proporcionada por la sociedad para pronunciarse posteriormente sobre la validez de la expectativa normativa frente a la vulneración de la norma. Es un sistema demasiado débil para poner lo normativo en contra de lo fáctico. Como el sistema judicial no puede contradecir sus propias normas expresivamente, le queda nada más que no dejar “entrar” (acceder) los hechos una vez subsumidos pondrían en riesgo “intereses políticos”¹⁴ de grupos de poder. Por ende, el derecho al acceso a la Justicia y con ello las garantías judiciales del Art. 8 CADH se ven sistemáticamente vulnerados. El sistema penal procesando información selectivamente no es *efectivo*, porque no puede generar expectativas normativas ante el caso concreto – lo que es esencia y justificación de un sistema judicial.

Con este diagnóstico coinciden los problemas notorios de la “cultura jurídica” de la región: la politización y la corrupción que, consecuentemente, conllevan la

¹⁴ Una estudiante del autor y jueza de garantías penales ha relatado que ella haya sido criticada por el presidente de la Corte provincial por no haber dictado prisión preventiva. “La justicia debe sintonizarse con la sociedad”, dijo él. Esta frase guarda precisamente la problemática del sistema jurídico de la región.

interrupción del flujo de información entre sistema parcial y su entorno. Ciertos hechos no llegan al sistema penal, no pueden ser procesados y finalmente subsumidos bajo la norma, porque el poder – y no la ley – no lo permitirá. O, en los casos de corrupción, llegan al sistema penal pero no son considerados debidamente por la sentencia en nuestro sentido de la clausura operativa. En estos casos, no es el imperio de la ley, sino el imperio del poder que determina, por lo menos en última instancia, aquella clausura (la sentencia). Por eso, el sistema judicial no puede afirmar una norma, sino el poder – y el dominio “crudo”, aunque sea en la *forma* del derecho, no puede mantener ni establecer un orden normativo diferenciado, lo cual, por su parte, es condición previa para el funcionamiento de una sociedad moderna, es decir altamente diferenciada en relación a sus funciones y compleja frente a expectativas normativas.¹⁵

1.1. Los Derechos Humanos como protección contra el futuro

En general, se puede entender la ley como protección de un consenso político contra el futuro, mientras los Derechos Humanos aumentan este amparo del consenso, muchas veces partiendo de una lucha histórica frente a una mera ley por la dificultad de salir de este consenso. Niklas Luhmann ha, en su libro *Grundrechte als Institution*¹⁶ (lo que puede ser traducido al castellano *derechos fundamentales como institución*) del año 1965 ofrecido una lectura tal vez diferente y novedosa de los derechos humanos.

Tradicionalmente, se ha entendido (e interpretado) los Derechos Humanos en su contexto moral-jurídico: como protección de los individuos ante intromisiones por

¹⁵ Recordemos las palabras de Carlos Marx en la *Contribución a la crítica de la economía política*: “Los economistas burgueses sólo piensan en que la producción es más fácil con la policía moderna que en la época, por ejemplo, del "derecho del más fuerte". Se olvidan, empero, de que el "derecho del más fuerte" es igualmente un derecho, y continúa existiendo bajo una forma distinta en su “Estado jurídico”, Carlos Marx 1989, *Contribución a la crítica de la economía política*, Moscú, página 140. Policía moderna quiere decir Derecho garantizando previsibilidad de la reacción del Estado frente nuestro comportamiento. Precisamente esta previsibilidad, necesaria para “la producción”, no pueden garantizar formas del Derecho “pre-moderno”, o más exacto, la ejecución del poder “particular”, del dominio hombre sobre hombre en él, por ejemplo, feudalismo y su “derecho del más fuerte.”

¹⁶ Niklas Luhmann, ((1999) [1965],) *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin.

parte del Estado, como espacio de la “no-intromisión”. Luhmann, en cambio, sostiene que los derechos fundamentales (en el contexto alemán, *Grundrechte* se entiende como derechos consagrados en el *Grundgesetz*, la ley fundamental lo que inicialmente no había debido llevar el nombre constitución “Verfassung”) no existen exclusivamente en beneficio del titular del derecho, sino en beneficio del funcionamiento de un orden caracterizado por su diferenciación funcional. Por ende, la concesión de los Derechos Humanos por parte del Estado no es un acto de “gracia”, sino más bien la condición previa para el funcionamiento de la sociedad moderno. Instituciones gozando del amparo de los derechos fundamentales como la prensa, la libertad de la cátedra o el derecho a ser oído, parecen, a la primera vista, existir en favor y beneficio de sus titulares inmediatos: periodistas, catedráticos, sujetos del proceso. Sin embargo, según Luhmann, estos titulares son agentes de las instituciones las cuales, por su parte, operan en favor del funcionamiento de la sociedad moderna, que requiere de funciones diferenciadas.¹⁷ Como en la sociedad moderna no existe una entidad que posea toda la verdad, aquella se produce a través del “libre juego” de los poderes: la verdad científica se produce a través de la “competición” de los agentes de la ciencia (investigadores, catedráticos) por la verdad – y por ende no debería haber entes obstaculizando esta competición, sea el Estado, la Iglesia o poderes particulares. Lo mismo vale para la institución “prensa” que, en el mejor de los casos, genera lo que se considera la “opinión pública”¹⁸, el marco institucional para la pugna por las ideas políticas y para la crítica de la gestión de la clase política, pues allí, en el entorno de lo político, tampoco existe un punto de acceso privilegiado a la verdad (o “lo correcto”, de lo que se debería hacer o ni siquiera de la finalidad de una sociedad).

Tácitamente, se supone que los diferentes agentes son dotados con la capacidad de actuar libremente (de criticar, opinar, investigar, publicar, manifestar) con el fin

¹⁷ Véase Niklas Luhmann, ((1999) [1965],) *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, página 23. La función de los Derechos Humanos es garantizar la autonomía de las instituciones ante el peligro de la politización.

¹⁸ Según Habermas, el espacio en el cual se delibera sobre las críticas y propuestas de diferentes personas, grupos y clases sociales.

de garantizar autonomía y funcionamiento de las instituciones¹⁹. Los Derechos Humanos garantizan la libertad de los agentes, que, por su parte, reproducen las instituciones por sus acciones particulares, consideradas esenciales para un orden diferenciado por funciones. Por esto, Luhmann habla de la doble función de los Derechos Humanos.²⁰

Fácilmente, se puede aplicar esto al sistema de la economía: a través del libre mercado, el libre juego de las fuerzas del mercado (sus agentes) por innovación y competitividad, se genera, supuestamente para el bien de todos, el denominado “precio justo”, mientras el papel del Estado se limita a proporcionar el marco institucional para el desempeño de las “fuerzas del mercado” es decir, la prohibición de monopolios y carteles que puedan obstaculizar el acceso al mercado – lo que es el abuso del poder particular. Aunque el agente particular (el empresario) actúa para conseguir fines particulares (enriquecimiento), según la teoría del liberalismo, sin querer, sin considerarlo y sin saberlo, garantiza a través del uso de sus libertades el bienestar de todos, obteniendo una economía más innovadora y competitiva.²¹²²

Finalmente, la teoría sobre el acceso a la justicia replica precisamente esta suposición. No existe verdad absoluta que se pueda obtener en una investigación penal – esto sería el – supuestamente obsoleto – modelo inquisitorio. Más bien, en las últimas décadas la mayoría de los países de América Latina han adoptado el

¹⁹ Característico de un país “subdesarrollado” es la centralidad del poder, el “presidencialismo”, que inhibe el libre desarrollo de la ciencia, la opinión pública etcétera por tratar de controlar el desempeño de las instituciones diferenciadas según su función. Sin embargo, la complejidad de una sociedad moderna no puede ser generada y modulada por una sola instancia, ni el presidente, ni el vaticano.

²⁰ Véase Niklas Luhmann, ((1999) [1965],) Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, página 23.

²¹ Correspondiente, los mercados del denominado “tercer mundo” son marcados por sus monopolios, por la contaminación de lo público por intereses privados, es decir, por la incompetencia de los Estados de garantizar el marco institucional para el funcionamiento del libre mercado. Una consecuencia es que en los países cultivadores de café, a menudo, este producto es más caro que en los supermercados de los países del denominado primer mundo.

²² La transcendencia de la verdad en los diferentes ordenes penales refleja la transcendencia del mercado ante la formación del precio. No es casualidad que en la tradición anglo-sajón no solamente la verdad se entiende más bien “consensual” que, en la tradición de la Europa continental, sino que también en la Europa continental se enfrenta la capacidad del mercado con más escepticismo en relación al “precio justo”. Irónicamente, el procedimiento abreviado, que proviene de la tradición anglo-sajón con una noción de la verdad más “consensual”, ha garantizado la supervivencia de la lógica inquisitorial en el Ecuador.

principio de la verdad procesal en sus códigos procesales penales lo cual asigna a los agentes del proceso penal ejercer sus posturas adversariales (¡y equitativas!) para obtener aquella verdad procesal (el denominado modelo adversarial).²³ El código penal del Ecuador²⁴ estipula claramente este principio procesal en su Art. 5 numeral 13:

Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.

Allí, al juez se asigna un rol altamente imparcial, hasta indiferente frente a la verdad. Él debería garantizar el libre juego de las fuerzas procesales (los agentes, los sujetos procesales en el sentido del Art. 5.13 COIP), sin siendo involucrado como *sujeto* en la obtención de la verdad. Evidentemente, este entendimiento del rol del juez en el proceso penal es una réplica del papel que el Estado debería asumir frente al libre mercado: el árbitro, garantizando que los agentes (sujetos del mercado o del proceso penal) cumplen con las reglas equitativas, pues el Estado no conoce la verdad, ni del precio justo ni la verdad judicial (la verdad que está en juego en el juicio). Los sujetos del mercado generan – a través de su libertad – el “precio justo”, y los sujetos procesales generan – a través de sus derechos (garantías judiciales) – la verdad procesal.

Desde allí, queda claro la importancia de los Derechos humanos (derechos fundamentales). Ellos dotan a los agentes con una zona de “no-intervención” por parte del Estado con la finalidad (o tácitamente la esperanza) que el libre ejercicio de sus libertades sea para el beneficio de todos. En el ámbito del derecho procesal penal: que a través de la ceguera y particularidad de los sujetos procesales se genere la verdad procesal, debidamente obtenida y consecuentemente la base empírica para la posterior aplicación del derecho material. Precisamente esto es la idea de las garantías judiciales del Art. 8 CADH: el derecho a ser oído, el derecho

²³ Véase Stefan Krauth, La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador, Revista Facultad de Derecho, Universidad Católica, No. 6, 2019, pp. 207-228.

²⁴ Código Orgánico Procesal Penal del año 2014

del inculpado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal, la concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y – el derecho probablemente más importante: el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos (Art. 8.2 f CADH) – todas estas garantías sirven para dotar al agente (al imputado) con las medidas para poder velar por la (su) verdad y – finalmente – no solamente garantizan el flujo de información entre sistema (sociedad) y sistema parcial (justicia), sino proveen que este flujo se realice en una manera conforme con el orden jurídico. Incluso la persona procesada – otra vez: mediante de su autonomía – actúa en beneficio de la sociedad que le acusa.²⁵ Por ende sería un malentendido, ver los derechos del imputado (las garantías judiciales) como *limitación* del poder punitivo. Al contrario, aquellas dotan al sujeto procesal con las medidas para aclarar la verdad y, a su vez, facilitan el cumplimiento del debido proceso por parte del Estado, re-afirmando el orden normativo subyacente y sus principios rectores (dignidad, libertad).

Como resumen podemos constatar que los Derechos Humanos limitan el poder del Estado, pero no para debilitar su orden, sino, al contrario, para estabilizar un orden caracterizado por su diferenciación funcional y, por ende, la autonomía de las instituciones.²⁶ Las prerrogativas del liberalismo, como establecidos por los Derechos Humanos y las constituciones políticas de los Estados liberales, dotan a los agentes con las capacidades de actuar sin intrusión y politización. Por el contrario, es característico de la vida social de los países denominados como subdesarrollados, padecer de aquella politización, es decir, de la intrusión de lo político en la autonomía de sus instituciones. Las libertades son esencialmente libertades de comunicación. La garantía de la libertad es garantizar la posibilidad de

²⁵ “Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena.” G.W.F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, § 100.

²⁶ Algo que resulta a la clase política de la región difícil de entender y – tal vez - más difícil de aceptar: “No es difícil de entender que la justicia penal haya, no solo acompañado, sino servido a una dirigencia política que no asumía con facilidad la idea de límites y menos aún la construcción de un poder que lo limitara.” Alberto Binder, *La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo*, página 62, en Farid Samir Benavides Vanegas, Alberto M. Binder, Carolina Villadiego Burbano (Eds.), *La reforma a la justicia en América Latina*, Bogotá, 2016.

participar en la comunicación.²⁷ En el contexto del derecho procesal: el derecho a ser oído, el derecho a presentar y solicitar la presencia de testigos, el acceso a la justicia.

Como esta intrusión se vuelve disfuncional, se puede demostrar ante la división entre legitimidad y administración: Para la diferenciación funcional de la sociedad moderna es típico que se separa la toma de decisiones (administración pública / de la justicia) de la esfera de obtención de legitimidad (lo político, lo procesos democráticos). Esta división posibilita que ambos sistemas puedan ser generalizados: hacia el bien público y legitimidad por un lado (la esfera de la política), decisiones vinculatorias al otro lado (administración pública / de la justicia) – sin bloqueo recíproco. Este bloqueo por su parte es común en los países subdesarrollados: allí – y ante la crisis de lo normativo – la administración pública buscar la legitimidad de sus decisiones cada vez de nuevo, según coyunturas o valores particulares – lo cual resulta, debido a la falta de generalización, en inestabilidad. No existe una demarcación clara entre administración (aplicación vinculatoria del consenso político generado a través de los procesos democráticos) y lo político (obtención de aquella legitimidad). Consecuentemente, las decisiones caen en inconstancia, arbitrariedad y falta de aceptación.²⁸ Este aspecto retomaremos en el capítulo A.3.

En el siguiente capítulo bosquejaremos brevemente las condiciones al nivel personal, es decir, al nivel de los agentes individuales, para aquella comunicación generalizada.

1.2. Las condiciones previas de la generalización de la comunicación

²⁷ Niklas Luhmann, ((1999) [1965],) Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, página 23.

²⁸Esto se debe por lo menos parcialmente a la incompetencia de la política, enredada en clientelismo e intereses particulares, proporcionar legitimidad, es decir, generalizar un consenso. Véase Hannes Wimmer (2000), Die Modernisierung politischer Systeme. Staat, Parteien, Öffentlichkeit, Viena, página 111. Además, muchas veces las leyes de los países de la región son tan mal redactadas que no sirven para ser aplicadas por la administración pública – que por su parte se ayuda con costumbres, modelos de gestión etc.

Para Niklas Luhmann, instituciones sociales son generalizaciones de la comunicación.²⁹ Esta generalización de comunicación sucede en tres etapas. Primero, por la diferenciación de roles, segundo por la formación de normas (estabilidad de expectativas normativas en el tiempo), y, finalmente, socialmente por la institucionalización, la generalización de consenso, lo que en nuestro caso serían las garantías judiciales.

Ahora bien, ¿cuáles son las condiciones para que un individuo pueda “funcionar” dentro de esta comunicación formalizada y abstracta? Luhmann habla en varias ocasiones de la necesidad de “civilizar” la comunicación, de la generalización de expectativas en el sentido de la eliminación de la situación particular.

Lo que se requiere al nivel particular es la disposición de asumir un rol abstracto, “despersonalizado” y racional (generalizado) ante las expectativas de las contrapartes de la comunicación. La orientación hacia expectativas generalizadas y abstractas requiere asumir roles abstractos en la política y la administración (de la justicia). Es decir, los operadores de la función pública deben poseer la facultad de abstraer de su interés particular al responder ante las expectativas normativas: un juez tiene que “ignorar” su interés particular en el resultado de un juicio, un político tiene que “ignorar” su interés particular en la aprobación de una ley para obtener un fin político al largo plazo, es decir, para obtener un fin más allá del fin inmediato. (Lo inmediato siempre es estrecho de miras). En el caso de la administración pública, el funcionario debe asumir un rol “racional” ante el pedido del solicitante, lo que quiere decir que el funcionario debe abstraer de su interés particular y asumir la perspectiva de la *volonté générale* que – según la teoría de la democracia – está guardada en la norma para aplicar. De ahí la disociación del ciudadano en la sociedad moderna, quién es a su vez burgués y citoyen.

Precisamente ante esto, Luhmann habla de la necesidad de “civilizar” la comunicación para lograr la diferenciación funcional en una sociedad. Civilización significa en este contexto el aplazamiento de la satisfacción de necesidades inmediatas, y la salida de la comunicación de un contexto particular (de una etnia,

²⁹ Niklas Luhmann, ((1999) [1965],) Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, página 85. Más adelante en su obra, Luhmann va a hablar de estructuras en vez de instituciones.

una tribu o demás ordenes particulares)³⁰. Se exige no el rechazo de estos ordenes particulares, sino más bien la adopción de diferentes roles ante expectativas sumamente diferenciadas: como padre, juez, político etc. El juez debe salir de su convencimiento particular sobre, por ejemplo, el origen del crimen y la utilidad de las sanciones penales. Un policía debe suprimir sus “ideas” sobre crimen y “poblaciones peligrosas” o, aún peor pero no menos común, utilizar sus facultades para fines particulares, lo que es la corrupción. Al contrario, y en un círculo, las estadísticas sobre la criminalidad solamente reproducirán lo que el policía considera, en su “teoría” particular, como delincuencia, y lo que no, no.³¹

La debilidad de lo normativo resulta no solamente en la contaminación de la esfera de la toma de decisiones con lo político, sino dificulta la formación y el desarrollo de la capacidad de comunicación generalizada al nivel particular: como una norma sin validez no se ofrece como orientación en una situación específica (una detención, la resolución sobre la prisión preventiva), los funcionarios tienden a caer hacia atrás: el policía golpea a la persona detenida porque “lo merece” o porque esto “siempre lo hacíamos”, el juez dicta prisión preventiva “porque nunca se sabe” etc. Conceptos abstractos como la presunción de la inocencia, el debido proceso o – aún más abstracto – la “Justicia”, no tienen peso ni sentido en una comunicación que es predominante vinculado con un orden particular-concreto. Luhmann insiste que la complejión mutua de Derechos Humanos y la diferenciación funcional es históricamente lleno de condiciones previas y por eso poco probable. Ambos suponen una generalización de la comunicación. Contrario a la generalización jurídica (la declaración de los Derechos Humanos), sobre todo

³⁰ Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin 1999 [1965], página 123.

³¹ Esta selectividad del derecho penal se debe claramente a la debilidad del derecho: “Una justicia penal tan dócil como débil era la que podía asegurar el control directo de las policías sobre la criminalidad y, al mismo tiempo, asegurar la impunidad estructural de los delitos de los poderosos, ya se tratara de corrupción o de otras actividades ilícitas organizadas. El control policial sobre los delitos urbanos contra la propiedad, o directamente el control sobre poblaciones o sectores sociales, es decir, lo que luego la criminología va a denunciar como selectividad del sistema penal, orientado casi exclusivamente al castigo de cierto tipo de delitos cometidos por ciertos sectores de la sociedad (pobres, marginales, jóvenes, etcétera), marcó también un funcionamiento selectivo de la justicia penal que continúa hasta el presente.” Alberto Binder, *La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo*, página 63, en Farid Samir Benavides Vanegas, Alberto M. Binder, Carolina Villadiego Burbano (Eds.), *La reforma a la justicia en América Latina*, Bogotá, 2016.

la generalización social (la diferenciación funcional) supone la eliminación de la comunicación del contexto particular-concreto y la orientación hacia expectativas diferenciadas. La discrepancia entre el discurso sobre los Derechos Humanos y su realidad en América Latina debería descansar en estas condiciones previas para la comunicación generalizada. “En el papel” existen los Derechos Humanos, pero en la práctica, como instituciones sociales, no. Sin embargo, sería un error culpar una cierta cultura jurídica de la región para aquellas deficiencias al nivel individual en cuanto a la comunicación generalizada. Como he mencionado anteriormente, la esfera de la administración busca la legitimidad de sus decisiones en sus propias medidas – ante la falta de una legitimidad estable y vinculante facilitado por la política. En un círculo vicioso, se reproduce la debilidad del derecho: la debilidad de lo normativo hace que la administración busque la legitimidad de sus decisiones en otros lugares³², y esto no permite que los individuos desarrollen la capacidad de una comunicación civilizada, es decir generalizada, lo que resulta a su vez en la debilitación de las legitimaciones (normas) proporcionadas por la política.

1.3. La debilidad del derecho en la región y su funcionalidad política

Este aspecto merece una reflexión más profunda. Según la teoría de sistemas, la administración pública (y por ende la administración de la justicia) trata de conseguir en países con instituciones frágiles para su toma de decisiones, cada vez de nuevo, legitimidad³³ más allá de las fuentes legales. En un lenguaje más común se puede hablar de un desprecio por el valor de la ley por parte de los profesionales del derecho y los funcionarios públicos: en la práctica administrativa y judicial, no es la ley (frecuentemente mal redactada) que determine el actuar de los

³² Así se puede entender la propensión del sistema judicial de la región para la corrupción y politización. Si un juez o funcionario público – ante el sinnúmero de reglas sin sentido – no sabe qué hacer, ya puede cobrar.

³³ Hannes Wimmer (2000), *Die Modernisierung politischer Systeme. Staat, Parteien, Öffentlichkeit*, Viena, página 111.

funcionarios.

¿Cómo se puede explicar – históricamente – esta debilidad en la región? – ¿Se puede hablar de una corrupción de sistema y se debería más bien entender esta costumbre como parte del sistema? Cabe destacar que aquella debilidad no se debe a un problema jurídico, aunque tradicionalmente “los cambios vinculados a la administración de la justicia eran vistos como un problema procesal (...) (t)odavía es bastante común que los cambios legislativos en general sean vistos como “problemas jurídicos”, sin tomar nota de los grandes problemas de política que subyacen a ellos.”³⁴ Es decir, para entender las dificultades que han enfrentado los intentos de reformar a los sistemas penales³⁵, hay que tomar en cuenta las relaciones de poder en las cuales se han implementado aquellas reformas.

Según la tesis aquí sostenida, la debilidad de derecho en la región tiene raíces históricas (a) las cuales se puede nombrar señalando a la época de la conquista. Partiendo de allí, se ha dado que aquella debilidad tiene un provecho político para la clase política (b) de la región y por eso, las deficiencias bien conocidas, han logrado sobrevivir. En otras palabras: “La matriz histórica (...) ha perdurado, entre otras razones, por su *funcionalidad política*.”³⁶

Alberto Binder señala a un cierto tipo histórico de la administración de la justicia exportado de España. “En primer lugar, la matriz histórica de la legalidad colonial se caracteriza por un “hiperlegalismo”, es decir, por una gran profusión de normas, pero cuyo cumplimiento no solo era parcial, sino altamente inconsistente y

³⁴ Alberto Binder, La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, página 55, en Farid Samir Benavides Vanegas, Alberto M. Binder, Carolina Villadiego Burbano (Eds.), La reforma a la justicia en América Latina, Bogotá, 2016.

³⁵ Por esta razón, sinnúmeros intentos de reformar a los sistemas (procesales) penales en la región tenían poco éxito. No se trata de “transferencia de conocimiento” - aunque agencias de la cooperación internacional a veces lo pueden ver de esta manera – sino, en el fondo y tácitamente, de cambiar las relaciones de poder en los países recipientes, lo que, evidentemente, no se puede lograr: Las reformas no pueden “fundamentally reshape the balances of power, interests, historical legacies, and political traditions of the major political forces in recipient countries. They do not neutralize dug-in antidemocratic forces. They do not alter the political habits, mind-sets, and desires of entire populations.” Thomas Carothers, 1999. Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Washington, DC: CarnegieEndowment for International Peace, página 305. Citación según: Luis Pasaña, International Support for Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Wortless?, 2012.

³⁶ Alberto Binder, La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, página 62, en Farid Samir Benavides Vanegas, Alberto M. Binder, Carolina Villadiego Burbano (Eds.), La reforma a la justicia en América Latina, Bogotá, 2016.

selectivo.”³⁷ Este característico - el hiperlegalismo y el cumplimiento sumamente selectivo – es un fenómeno que el observador del sistema penal en el Ecuador fácilmente puede confirmar. En pocas palabras:

“La maquinaria judicial no estaba pensada para controlar el poder público o el poder del Rey sino para ser una extensión de su poder. Los jueces son funcionarios encargados de aplicar la ley en el sentido de afirmación del poder del monarca, no de limitarlo.”³⁸

Esto era la “pesada carga” para las nacientes repúblicas, y hasta hoy el sistema penal de la región no se ha podido liberar de esta herencia. Pero tal vez no es tanto la cuestión “tradicción inquisitorial” versus “modelo adversarial”, sino un *habitus* que carece del valor de la ley y lo que explica el papel secundario de los derechos humanos y las leyes en la práctica judicial. Lo que se puede observar es que, a pesar de un sinnúmero de reformas procesales, esta actitud, la indiferencia ante los problemas de los imputados y las víctimas, la arbitrariedad, el formalismo vacío, la demora, el abuso sobre el imputado, que ha generado una ciudadanía escéptica acerca del valor de la ley y de la razón jurídica³⁹, siguen intactos.⁴⁰

Sin retomar o replicar el debate sobre la “legislación importado”, si el esfuerzo por emular la legislación continental europea en las Américas necesariamente tenía que fracasar⁴¹, quiero ubicar el problema en la *funcionalidad política* de la debilidad del derecho, pues si algo evidentemente carece de una funcionalidad manifiesta, se debería plantear la pregunta por qué no se cambia o reforma lo que no funciona, es decir, rastrear la funcionalidad oculta de lo que, a primera vista, no funciona. Anteriormente hemos señalado que la clase política de la región tradicionalmente no asumía la idea de límites y menos aún la construcción de un poder que lo limitara.

³⁷ Binder, op. cit. página 56. Véase también José María Ots y Capdequí 1968, El Estado español en Indias. Fondo de Cultura Económica. México.

³⁸Binder, op. cit. Página 57.

³⁹Binder, op. cit. Página 59.

⁴⁰Véase en relación al ejemplo de la prisión preventiva en el Ecuador: Stefan Krauth, La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador, RFJ, No. 6, 2019, pp. 207-228.

⁴¹Binder señala que una elaboración propia “de la legislación – si ella hubiese sido posible – hubiera sufrido el mismo problema. El asunto no es la “copia” de la legislación sino la fuerza de la tradición inquisitorial”, Binder, op. cit. Página 58. Dudable, véase arriba nota al pie.??

“No obstante, hay que destacar también que la magnitud de la debilidad del Estado de derecho en nuestra región ha sido tan grande que los poderes concentrados tampoco necesitaban el uso, aunque fuera espurio, de la maquinaria judicial. Los poderes gobernantes podían valerse por sí mismos para llevar adelante muchas formas de abuso directo mediante la intervención directa de la policía o de comisiones policiales o tribunales políticos o administrativos.”⁴²

Mucho de este diagnóstica vale todavía para lo presente. Los poderes concentrados, las élites, los tradicionales grupos de poder – debido a las razones anteriormente esbozados - no han podido apoyarse en un Estado de Derecho para conseguir sus intereses económicos y políticos (que son al principio formas de participación y representación) y consecuentemente han aprendido de vivir y valer por sus intereses sin recurrir a una justicia independiente y de calidad. Por ende, nos enfrentamos por un lado con una condición histórico, traída y generada por la conquista, un concepto específico de poder y justicia que implica en desprecio por el valor de la ley – y, por el otro lado, con la convivencia de grupos de poder que se han arreglado con aquella deficiencia históricamente crecida – y por ende no pueden abandonar la ausencia de un Estado de Derecho sin perder su privilegios, aunque sean, comparado con las élites del denominado Primer Mundo, escasos y limitados.⁴³

Antes de entrar en la discusión sobre los derechos a ser oído y los procedimientos directos y abreviados en el Ecuador, quiero profundizar uno de los aspectos

⁴²Binder, op. cit. Página 62.

⁴³Joaquín Villalobos ha sostenido en su artículo ampliamente reconocido “Trump y el infierno centroamericano” que las élites de los países centroamericanos (Honduras, El Salvador, Guatemala) no quieren “mejorar” la situación económica y social deplorable de sus países, porque viven económicamente de las remesas y por ende de la migración hacia el Norte: “(L)a debilidad institucional les permite a los ricos del Triángulo Norte vivir como reyes en un basurero. Las llamadas “maras” son una catástrofe social sin precedentes en el continente, no es crimen organizado como el que padecen otros países. En ningún otro lugar de Latinoamérica un problema social acabó convertido en una violencia criminal masiva tan feroz, porque en ningún otro lugar tienen las élites niveles tan altos de irresponsabilidad e insensibilidad. (...) Es decir, que estos países entre peor están, mejor les va económicamente a las élites, porque reciben más remesas resultado de que más gente emigra. No hay ninguna señal de que las élites económicas y políticas de estos países quieran sacar o sepan cómo sacar a sus países de este círculo vicioso. Esto es así porque se trata de grupos primitivos, poco ilustrados, socialmente insensibles, políticamente irresponsables, con propósitos fundamentalmente extractivos y sin visión estratégica. “Joaquín Villalobos, Trump y el infierno centroamericano, Nexos, 1 de enero 2017, <https://www.nexos.com.mx/?p=30956>. Acceso el 27 de marzo de 2020.

esbozados en este párrafo, la carga histórica para un sistema legal que implicó el encuentro de dos mundos, la incorporación del Nuevo Mundo con sus costumbres y legislaciones propias en la teoría y práctica judicial de la Corona española. En otras palabras, lo que proporcionó la relativa novedad del encuentro con un Nuevo Mundo a la teoría jurídica y legislativa.

Según el historiador Aurelio Valarezo, para las instituciones políticas en la América española, la “dispensación de justicia era una función de ejercicio de la soberanía y medio de la legitimación de la autoridad.”⁴⁴ Ante esta dispensación, el derecho consuetudinario, fuera una falencia aplicar al sistema jurídico imperial los principios del positivismo jurídico, confundiendo el derecho positivo con el “Derecho”. La “maleabilidad” de los sistemas que se adoptaban a la realidad colonial no era signo de desorden e incompetencia legislativa.⁴⁵

“Mas, ese parámetro no es válido para aquellos sistemas en los que la autonomía y la abstracción de la norma legal no han logrado porque el sistema jurídico plural estaba matizado de vacíos en los que la costumbre tenía que suplir lo que la legislación no podía proveer, lo cual se convierte en una característica de las realidades coloniales.”⁴⁶

Ante la fragmentación del sistema judicial de la realidad colonial, nacieron nuevas formas de interpretar normas en conflictos y aquellas influenciaron en el pensamiento jurídico y en la institucionalidad política de las Américas. En el período virreinal, esta institucionalidad política y práctica judicial se convirtió en un método indirecto de representación política,⁴⁷ lo que se puede parafrasear en “el hecho de que los sujetos de la Corona española tenían la tendencia de evadir, modificar y resistir la aplicación de la legislación creada en España como mecanismo de defensa de los intereses en conflicto y ambiciones personales.”⁴⁸ Por ende, las instituciones nacientes en el Nuevo Mundo “tuvieron que ceder a los

⁴⁴Aurelio Valarezo Dueñas, Los orígenes jurídicos del sistema político imperial español y su influencia en las Américas, en: Procesos, Revista Ecuatoriana de Historia, I Semestre 2013, páginas 5 – 34, 8.

⁴⁵Aurelio Valarezo Dueñas, op. cit, página 8.

⁴⁶Aurelio Valarezo Dueñas, op. cit, página 8.

⁴⁷Aurelio Valarezo Dueñas, op. cit, página 8.

⁴⁸Aurelio Valarezo Dueñas, op. cit, página 9. Valarezo se refiere a John Lynch, Latin America Between Colony and Nation, Houndsmills 2001, página 46.

intereses de los grupos de poder, una costumbre que lejos de ser una corrupción del sistema era parte del mismo, bajo el modelo del consenso implícito que había sido un instrumento de gobierno desde la época de los reyes visigodos.”⁴⁹

Mas adelante en este estudio veremos que el incumplimiento de la norma por parte de los administradores de la justicia es un fenómeno recurrente, un fenómeno que encontramos siempre y cuando frente a un derecho (del imputado) que debería limitar, que supuestamente ha sido diseñado con la finalidad de regular el poder estatal. En otras palabras: reencontramos una estrategia de “evadir, modificar y resistir” la aplicación de la legislación, la *dispensación* del derecho, lo cual se ve reemplazado por una costumbre. Así, los cuatro elementos: dispensación, costumbre, concesión a los intereses de los grupos de poder y la práctica judicial como método indirecto de representación política, nos acompañan en el transcurso de los siglos: “Leer el incumplimiento administrativo bajo la posibilidad de que en ciertos casos sea la aplicación del principio del “desuetudo” en lugar de mera corrupción burocrática (...) sería un avance en el entendimiento de nuestro pasado”,⁵⁰ y así se puede leer el incumplimiento y la selectividad de la aplicación de la ley como secuela de una constelación histórica en la cual el sistema judicial colonial tenía que incorporar lo que no era de incorporar en un sentido de unidad y coherencia en términos kelsenianos.

2. El Derecho a ser oído y los procedimientos directos y abreviados en la legislación ecuatoriana

Según el artículo 656.2 COIP, la propuesta del fiscal del procedimiento abreviado puede presentarse desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Expresivamente, el artículo 637.4

⁴⁹Aurelio Valarezo Dueñas, op. cit, página 9.

⁵⁰Aurelio Valarezo Dueñas, op. cit, página 29.

COIP permite que la solicitud de procedimiento abreviado se presente en la audiencia de calificación de flagrancia. En consecuencia, la persona recién detenida puede ser condenada en el marco del procedimiento abreviado al primer contacto con el sistema de justicia y en menos de las veinticuatro horas desde su aprehensión. Al parecer, el legislador del COIP era consciente, por lo menos parcialmente, del riesgo que conlleva el acuerdo sobre el procedimiento abreviado. El artículo 639 COIP autoriza al juez negar la aceptación del acuerdo cuando vulnera los derechos del imputado. Según nuestra observación, este artículo no se aplica en la praxis.

Además, el legislador ha previsto – por lo menos al parecer - algunas “vallas” para el uso del procedimiento abreviado: La persona procesada debe consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye (Art. 635.3 COIP). El defensor debe acreditar que el imputado haya presentado “su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos constitucionales.” (Art. 635.4 COIP). Esta norma es ineficaz en relación a la protección de los derechos del imputado, pues en la práctica los defensores – quienes tienen un propio interés en la realización del procedimiento abreviado porque ahorran trabajo y tiempo – repiten meramente las palabras de esta norma. Es poco probable que el defensor vaya a revelar que el consentimiento era deficiente cuando a él le corresponde la obligación de explicar “de forma clara y sencilla en qué consiste (el procedimiento) y las consecuencias que el mismo conlleva.” (artículo 636 inciso 2 COIP). Además de esto, el artículo 635.4 COIP muestra un error legislativo: si el consentimiento se realizó libremente no es un hecho que se pueda relatar, sino el resultado de una conclusión jurídica, considerando los hechos subyacentes del consentimiento. Lo mismo vale para la noción jurídica “violación de los derechos constitucionales.” La mera declaración del defensor no puede reemplazar el trabajo jurídico que corresponde al juez, es decir, la conclusión a raíz de la averiguación de los hechos y circunstancias de la realización del consentimiento. El juez debería preguntar al defensor (y al imputado) sobre los hechos, pero no ceder al defensor llegar a cabo de conclusión.⁵¹

⁵¹El mismo error legislativo ocurre en la redacción del nuevo artículo 529.1.- Identificación en caso de delito flagrante: “La persona aprehendida por delitos (...), podrá ser identificada físicamente

A pesar de que el legislador ha visto los riesgos de este procedimiento para los derechos de los imputados, la configuración del amparo, es decir la averiguación de la *materialidad* del consentimiento, es nada más que una declaración vana, otro mero formalismo. En vez de preguntar al imputado como en concreto se había realizado y conseguido su consentimiento, en vez de preguntarle que sabía del procedimiento abreviado, el sistema penal hace al defensor repetir una noción abstracta (que haya presentado su consentimiento libremente...), evitando y exonerando al juez entrar a la discusión sobre los detalles empíricos del consentimiento. El artículo 635.4 COIP guarda todas las críticas se han hecho frente a la cultura jurídica de la región. El desabrimento del caso concreto, de ocuparse con los fenómenos vitales de un caso y la huida a lo abstracto⁵². Otra vez: la mera declaración del defensor ya lógicamente no puede deshacer la falta de la materialidad del consentimiento.

En el procedimiento directo, se concentran todas las etapas del proceso en una sola audiencia (artículo 640 COIP). Las demás características de este procedimiento son: el juez de garantías penales es competente para resolver este procedimiento (artículo 640.3 COIP), partiendo de la calificación de la flagrancia, la audiencia se realizará dentro de los diez días, y en la cual se citará sentencia (artículo 640.4 COIP). Finalmente, y sumamente perjudicial para el derecho al acceso a la justicia, las partes realizan el anuncio hasta tres días antes de la audiencia (artículo 640.5 COIP).⁵³ Más adelante mostraremos que este artículo y la organización de la unidad

ante la comunidad y ante los medios de comunicación, única y exclusivamente en su calidad de aprehendido y siempre y cuando se haya calificado la legalidad de la aprehensión por delito flagrante. En estos casos se respetará el derecho constitucional de la persona a que se presuma su inocencia y a ser tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada.” En otras palabras: si viola el derecho constitucional de la presunción de la inocencia, pero se subsana esta vulneración por la declaración de no vulnerar el derecho, véase Ley reformativa al COIP del 24 de diciembre de 2019.

⁵²Alberto Binder señala que en la cultura jurídica en la región “existe un apego a un cierto conceptualismo de tipo escolástico que hace que muchas de las discusiones y de la formación de las élites mejor preparadas carezcan de los métodos y de las doctrinas para construir instrumentos aptos para gestionar la conflictividad y se orienten más a repetir doctrinas y teorías en abstracto, sin clarificar el juego de intereses que se encuentra en la base de toda discusión jurídica.” Binder, op. cit. Página 60.

⁵³Según la Ley reformativa al COIP del 24 de diciembre de 2019, el artículo 640 será cambiado de siguiente manera: “640. 4. Una vez calificada la flagrancia la o el juzgador señalará día y hora para realizar la audiencia de juicio directo en el plazo máximo de **veinte días** dentro del cual las

de flagrancia entorpecen que el imputado pueda influir sobre su juicio. En ambos casos, en el del procedimiento abreviado y del procedimiento directo, el flujo de información es interrumpida. El imputado no es oído.

En los siguientes capítulos analizaremos la problemática – dogmáticamente y empíricamente – de los procedimientos directos y abreviados para las Garantías Judiciales.

3. Reparos teóricos ante los procedimientos directos y abreviados

Las críticas del procedimiento abreviado y del *plea bargaining* son numerosas,⁵⁴

partes podrán solicitar a la o el fiscal la práctica de diligencias y actuaciones necesarias. 5. Hasta tres días antes de la audiencia, las partes realizarán el anuncio de pruebas por escrito. Si el procesado **tiene una prueba fundamental que evidencie su estado de inocencia, y que no pudo conocerla, reproducirla o no tener acceso anterior, podrá presentarla la misma audiencia de juicio directo.**”

⁵⁴ Almeyra, Miguel Ángel, ¿Juicio abreviado o la vuelta al inquisitivo?, en "La Ley", t. 1997-F, ps. 353 y ss.; Anitua, Gabriel Ignacio, En defensa del juicio. Comentarios sobre el juicio penal abreviado y el "arrepentido", en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", no 8, A-1998, Buenos Aires, Ad-Hoc, ps. 543 y ss.; D'ÁLBORA, El proceso penal y los juicios abreviados (Ley 24.285), cit.; SCHIFFRIN, Corsi e ricorsi, cit.; y todos en MAIER, Julio B. J., y BOVINO, Alberto (comps.), El procedimiento abreviado, Buenos Aires, Del Puerto, 2001; BOVINO, Alberto, Procedimiento abreviado y juicio por jurados, ps. 51-96; CÓRDOBA, Gabriela E., El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación, ps. 229-250; DÓAZ CANTON, Fernando,

y por eso no existe la necesidad de replicar el debate nuevamente en el marco de este estudio. Sin embargo, cabe destacar lo que hemos desplegado arriba en cuanto a los derechos humanos como instituciones sociales de la diferenciación funcional en su relación con la coacción subyacente al procedimiento abreviado: Los derechos humanos (o fundamentales) que entran en conflicto con el procedimiento abreviado son, sobre todo, la *dignidad* y la *libertad*, y, a su vez, son pilares de la diferenciación funcional de la sociedad moderna. Dogmáticamente, se puede observar una intersección entre la prohibición de la coacción y la autoincriminación (Art. 8 CADH) por un lado, y la dignidad humana por otro lado. Se puede demostrar que, al final, las dos prohibiciones mencionadas en el Art. 8 CADH, se dejan reducir a la *dignidad humana* la cual llega, por ende, hasta formar las garantías judiciales del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Independientemente de esto, para la función de las garantías judiciales – el flujo de información entre sistema y su entorno – se ve bruscamente cortado siempre y cuando se aplica el procedimiento abreviado (lo mismo vale para la conciliación). En estos casos, la justicia no está procesando “el caso concreto” para restablecer la norma ante su vulneración por la comisión de delito, sino la justicia busca una salida rápida y supuestamente eficiente. Allí, cabe preguntar si estas formas de terminar un proceso penal pueden cumplir con la función que ocupa el sistema penal.

(a) El procedimiento penal en el Ecuador sufre de dos abusos: la prisión preventiva y el procedimiento abreviado. Ambas prácticas socavan la confianza en

Juicio abreviado vs. Estado de derecho, ps. 251-276, y TEDESCO, Ignacio F., Algunas precisiones en torno al juicio abreviado y al privilegio contra la autoincriminación, ps. 311-340. Entre las decisiones jurisprudenciales que han declarado la inconstitucionalidad del juicio abreviado previsto en el CPP Nación, pueden mencionarse, entre otras, Tribunal en lo Penal Económico no 3, Causa no 146 "Manuel Dos Santos Amaral", voto en disidencia del Dr. GANDOLFI, resuelta el 26/8/97, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", no 8, A-1998, Buenos Aires, Ad-Hoc, ps. 613 y ss.; Tribunal Oral en lo Criminal no 20, Causa no 454 "Miguel Ángel Wsylyszyn", voto en disidencia del Dr. Luis NIÑO, resuelta el 23 de septiembre de 1997, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", no 8, A-1998, Ad-Hoc, Buenos Aires, ps. 623 y ss.; Tribunal Oral en lo Criminal no 23, Causa no 451 "Apolonio Osorio Sosa – Tentativa de robo agravado por el uso de armas en concurso real con abuso de armas", voto en disidencia del Dr. Mario H. MAGARIÑOS, resuelta el 23 de diciembre de 1997, publicada en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", no 8, A-1998, Buenos Aires, Ad-Hoc, ps. 642 y siguientes. FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón, trad. de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Trotta, Madrid, 1995, y SCHÜNEMANN, Bernd, ¿Crisis del procedimiento penal? (¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?), en "Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal", no 8, A-1998, Buenos Aires, Ad-Hoc, ps. 417 y ss.

la administración del sistema penal. Con el fin de superar la impunidad y la falta de responsabilidad, el sistema penal planteaba la celeridad como valor propio, olvidándose de que la aclaración de la verdad es imprescindible para establecer confianza en un orden del Derecho.

Mediante el presente quiero someter este instituto procesal a un examen constitucional. Es decir: ¿Cuáles son los conflictos entre el procedimiento abreviado y las garantías judiciales? En otras palabras: ¿En qué sentido limitan los principios fundamentales y universales del debido proceso la aplicación del procedimiento abreviado? Sin embargo - y sabiendo que el uso del procedimiento es prolifero en el Ecuador - quiero cuestionar su obviedad a través de la presentación de una sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán del año 2013.⁵⁵ La sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán marcó un hito destacando el alcance de las siete garantías constitucionales del debido proceso ante el “chanchullo” entre fiscalía y la defensa.

Presunción de inocencia

Principio de la culpabilidad (*Nulla poena sine culpa*, no hay pena sin culpa)

Obligación del estado de investigar y aclarar la verdad: El juez debe – de oficio – utilizar todas pruebas que se encuentran en su alcance para aclarar la verdad.

Principio de un juicio justo: *Nemo tenetur se ipsum accusare*. Amparo de autoincriminación; el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo

Prohibición de la coacción

Imparcialidad del juez

Publicidad del juicio

Antecedentes: El recurrente impugnó una sentencia condenatoria que ha sido confirmada – frente a la casación - por el Tribunal Federal Supremo para asuntos penales ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán. En el año 2011, el Landgericht Berlin (La corte provincial del estado de Berlín) condenó al recurrente por robo calificado a dos años de privación de libertad y ordenó en el la suspensión condicional de la pena. En consecuencia, el recurrente nunca entró la cárcel. El

⁵⁵Sentencia del 19 de marzo de 2013 **2 BvR 2628/10**

recurrente es agente de la Policía y llevaba su arma (sin utilizarla) durante el robo lo que abre un marco penal entre tres y quince años y califica el hecho como robo calificado.

A la apertura del juicio, el juez señaló al recurrente que tendría tres opciones. Primera: absolución, segunda, en caso de una convicción, se imaginaría una condena por robo calificado a por lo menos de tres años de privación de libertad. El juez dijo también que no viera ninguna atenuación ante el hecho que el imputado es agente de la policía y cometía el robo durante su tiempo de trabajo. Tercera: en caso de una confesión del imputado (asumiendo la responsabilidad según del escrito de la acusación), el tribunal sí pudiera asumir una atenuación, es decir un caso menos grave⁵⁶. Considerando que la confesión del imputado resultara superflua la práctica de la prueba, el Tribunal podría reconocer la atenuación mencionada con la consecuencia de una pena de dos años con suspensión condicional de la pena. Después de esa “propuesta”, se realizó un receso de 85 minutos para que el imputado pudiera hablar con su defensor. El juez urgió y dijo que no hubiera mucho tiempo. El defensor comunicó al imputado que debiera contar con una detención ya en la sala de audiencias si no aceptara la propuesta. Después de la pausa, el imputado aceptó la propuesta. El asumió la responsabilidad y confirmó la acusación de la fiscalía. El imputado no aceptó preguntas adicionales, solo admitió que llevaba su arma cargada durante el hecho. El juez no planteó preguntas ni escuchó testigos. Al final condenó al imputado a dos años de privación de libertad en suspensión condicional de la pena.

Sin embargo, el imputado interpuso el recurso de la casación ante el Tribunal Federal Supremo para asuntos penales. Él criticó la violación del Art. 136a StPO (Código del procedimiento penal). Este artículo protege la libre ejecución de la voluntad, es decir prohíbe cualquier tipo de coacción por parte del Estado para obtener información. Declaraciones obtenidas a través de la coacción no podrán ser utilizadas en el juicio. Además, el recurso criticó la violación de la obligación del tribunal investigar y aclarar todas las circunstancias del hecho. El Tribunal Federal

⁵⁶ En cierto modo una excepción del tipo penal “robo calificado”. El hecho sigue siendo robo calificado, pero el marco penal “de desplaza” para evitar penas consideradas demasiado severas.

Supremo para asuntos penales rechazó la casación en pocas palabras. No vio ninguna coacción en la actuación del juez.

En comparación con el Tribunal Federal Supremo, el Tribunal Constitucional vio casi todas las garantías constitucionales del imputado violado por la actuación del juez inicial y revocó la sentencia inicial. Miremos la argumentación del Tribunal en detalle: **Presunción de inocencia / principio *Nulla poena sine culpa* / Obligación del estado de aclarar la verdad antes de condenar a un ciudadano**

La prerrogativa del estado de castigar corresponde con su obligación de aclarar y explorar la verdad según las normas del procedimiento penal y de manera agotadora. En otras palabras: antes de condenar, el juez debe ser convencido de la culpa de la persona procesada más allá de toda duda razonable. Correspondiente, la presunción de inocencia prohíbe la imposición de una pena sin constancia de la culpa según las normas debidas, es decir a través del debido proceso. Por ende, la actuación del juez inicial ha violado estos principios: él impuso una pena sin haber investigado la verdad de oficio. Por ello, también contravino a la presunción de la inocencia. Ante su “amenaza” de la privación de la libertad había el riesgo concreto que la confesión de la persona procesada era falsa. Ante la alternativa de ser condenado a varios años de la privación de libertad, muchos, so no la mayoría, de los imputados prefieren “sacrificar” la verdad para obtener libertad, y sea una suspensión condicional de la pena. Estos falsos positivos atentan contra el Estado del Derecho, que, nuevamente, solo puede imponer una pena cuando haya aclarado la responsabilidad penal de la persona procesada debidamente. Además, el imputado solo asumió la responsabilidad según del *escrito* de acusación. Esto no puede ser la base para una convicción. Por todo lo mencionado, la actuación, o sea la *forma* en la que el juez presentó su propuesta, violó tres derechos fundamentales del imputado durante el juicio: La Presunción de inocencia, el principio *Nulla poena sine culpa* y al final el deber del estado de investigar la verdad.

Dogmáticamente, la presunción de la inocencia, el principio *no hay pena sin culpa* y el deber del estado investigar toda la verdad, no pueden ser vistos separados. Uno viene con el otro: Sin verdad no hay constancia de la culpa, sin constancia de la culpa no hay pena. Y una pena sin constancia de la culpa contraviene a la dignidad humana. El Tribunal Constitucional deduce estos tres principios de la **dignidad**

humana y del derecho a la libertad, los principios fundamentales de la Constitución Alemana (también denominada como Ley Fundamental de la República Federal de Alemania)⁵⁷.

La dignidad humana prohíbe que el estado trate a un ser humano como objeto. En el ámbito del derecho penal, esto significa que la pena tiene que ser fundamentada en el dolo demostrado, en la libre decisión del delincuente para la injusticia, en la autodeterminación “falsa”. El medular del derecho penal es la voluntad mal formada. A pesar del conocimiento de la ley, el delincuente toma la libre decisión de violarla. El libre albedrío mal formado es supuesto y razón de la pena.

Solamente bajo la condición de que una persona haya determinado erróneamente su voluntad, el estado podrá condenar su comportamiento. En otras palabras: la dignidad humana requiere que haya una relación clara entre la culpa y la pena.

Claramente, esto inhibe que un juez acepte una confesión posiblemente falsa, una confesión que haya obtenido porque el imputado (a) no vio otras alternativas o (b) lo realizó para obtener ventajas. Ante la dignidad humana, la contravención al principio del Estado Constitucional es secundaria. Según de este principio, el estado podrá ejecutar su fuerza solamente en la forma de la ley. Pero como la dignidad humana es el principio fundamental, se puede deducir los demás derechos de ella. Es decir: La presunción de inocencia, el principio *Nulla poena sine culpa* y el deber del estado de investigar la verdad, todo se desprende de la dignidad humana que exhorta que *solamente* la culpabilidad debidamente demostrado (en el marco del debido proceso que por su parte debe respetar la dignidad del imputado) es base y justificación de la pena impuesta.

Para retomar el caso inicial: una confesión obtenida ante la amenaza de la privación de la libertad no puede ser base de una pena. Como no sabemos si el imputado es culpable, una pena contravendría a la dignidad humana.

Principio de un juicio justo: *Nemo tenetur se ipsum accusare* / Prohibición

⁵⁷ El artículo 1, inciso uno, consagra: “La dignidad humana es intangible.” El artículo 2, inciso 1: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral.”

de la coacción

Lógicamente, los dos principios no pueden ser vistos separados. Si hay coacción, el derecho a permanecer silenciado no tiene sentido. Los dos principios también han sido violados por la actuación del juez. Mostrando una pena alternativa en caso que el imputado no acepte la propuesta es, evidentemente, coacción. El imputado no podía ejecutar su voluntad libremente. Su libre decisión, si quiere colaborar o hacer uso de su derecho al silencio, ha sido afectada por la “oferta” del juez.

De igual manera podemos tratar el problema: *Nemo tenetur se ipsum accusare*. Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo. Presenta una violación de la dignidad humana obligar al imputado aportar a su propia condenación. El imputado tiene derecho a que no se utilice el silencio en su contra. Una sentencia nunca podrá deducir una desventaja del silencio de la persona procesada. En el caso presente, el silencio hubiese resultado como desventaja y, por ende, la confesión, era producto de la obligación.

Imparcialidad del juez

Además, el Tribunal Constitucional vio violada el principio de la imparcialidad del juez por dos razones: obviamente el juez ya había tomado su decisión anteriormente del juicio oral y ha expuesto cual pena tenía en mente a raíz de la lectura del expediente. Por eso, el juez anticipó la práctica de pruebas. Él anticipó el resultado. Como ha preferido reducir la pena en cambio de un ahorro de tiempo, mostró la falta de imparcialidad.

Publicidad del juicio; control público

Después de todo el juez violó el principio de la publicidad del juicio. Este principio requiere que el público, se entere de la motivación de la sentencia. Si la esencia del juicio tiene lugar en la informalidad fuera del juicio público, los observadores del juicio no pueden entender que es lo que realmente está fundamentando la conclusión. En otras palabras: una demanda principal al procedimiento penal en la democracia es que los ciudadanos podrán ejercer el control de la jurisprudencia. Evidentemente, negocios ocultos entre la defensa y los juzgadores imposibilitan este fin.

Aunque el marco legal en Alemania es diferente, las garantías judiciales y constitucionales gozan de validez universal. Por eso, sí se puede aplicar las lecciones mencionadas a la situación jurídica del Ecuador. Considerando solamente el Art. 8.3 CADH (“La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.”), la práctica de la aplicación del procedimiento abreviado debería ser puesta en duda. El ahorro de tiempo y de recursos públicos nunca puede justificar la limitación de garantías judiciales y la presunción de inocencia.

Dejando atrás estos aspectos de la dogmática constitucional, se abre una perspectiva hacia la función de la dignidad humana y la libertad personal en una sociedad caracterizada por su diferenciación funcional. Es decir, la problemática subyacente no queremos ubicar o entender como problema de la dogmática penal, sino del funcionamiento del sistema penal. Según Luhmann, dignidad y libertad, solamente son posibles al alimón. Sin dignidad, no hay libertad, y sin libertad, no hay dignidad: En un orden sumamente complejo con diferenciaciones funcionales según papeles igualmente diferenciados, no existe una instancia central que pueda coordinar la sociedad en general. Ni la iglesia, ni la aristocracia pueden asumir esta función.⁵⁸ La carga de la coordinación se repercute a los individuos, se distribuye según las diferentes funciones en la sociedad. El individuo como agente de estas funciones llega a ser el cruce de caminos de diferentes exigencias sociales, es cuadrivio de círculos sociales. Expuesto a diferentes papeles que, a menudo, resultan siendo contradictorios (juez e inquilino, por ejemplo), al individuo corresponde la misión de mantener sí mismo como unidad, como persona identificable. Para esto, se requiere la posibilidad de libre despliegue de la personalidad, la libre representación de la personalidad como unidad consiente en cuando al tiempo y diferentes situaciones.

Ante esto la importancia del artículo 2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su

⁵⁸ Niklas Luhmann, ((1999) [1965],) Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, Berlin, página 53, 54.

personalidad”. Según Luhmann, desde esta posibilidad de la auto representación y el despliegue de la personalidad parte la “dignidad” del individuo, coordinando exigencias diferenciadas – lo que finge como base de la generalización de la persona: Yo, y no el Estado, decido que hago, quien soy y como me presento como persona (generalizada) frente a los demás. Estas tres decisiones – el ¿quién soy? no es cuestión del destino, sino de nuestra decisión – son demasiado complejas para que una instancia central pueda asumir la carga de coordinarlas. Ante esto, la dignidad humana no es un “valor objetivo de la naturaleza humana”, propia del ser humano, sino un principio generalizado y personal de la comunicación. La dignidad humana es un derecho a la comunicación sobre sí mismo.

Evidentemente, este derecho corre el riesgo de la intromisión estatal siempre y cuando el individuo se enfrenta una coacción comunicativa: negar la Tierra como estática y el Sol como móvil, negar su identidad sexual o confesar un crimen, es decir, asumir la responsabilidad penal, ante una coacción estatal, todo esto vulnera la dignidad humana y no solamente la libertad, porque lo que está en juego es el núcleo de nuestra identidad. Desde ahí, el artículo 8 CADH establece como derecho humano el derecho “a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable.” Esta obligación no solamente afecta la libertad sobre el acto concreto, la confesión misma, sino allende la comunicación sobre sí mismo como persona, como inocente o culpable. Un orden normativo y, aún más, una práctica penal que no respeta estos principios, más allá de vulnerar los derechos de los imputados, socava con a la dignidad humana su propio fundamento.

CAPÍTULO SEGUNDO:

Estudio representativo sobre la productividad judicial en el ámbito del derecho penal

1. La metodología

El Consejo de la Judicatura – Dirección Nacional de estudios jurimétricos y estadísticas – nos ha proporcionado una base de datos abarcando todos los casos en el ámbito del derecho penal, ingresando al sistema entre el 10 de agosto 2014⁵⁹ hasta el 31 de julio de 2019 (fecha de cierre).

Inicialmente, la base de datos abarcó **1.048.576 causas**.

La finalidad del presente estudio es medir la productividad judicial. Por esta razón, nos interesaba el porcentaje de las decisiones judiciales de fondo en el ámbito penal frente a todas las causas penales reportadas por el Consejo de la Judicatura. Como decisión entendemos decisiones (sentencias) sobre la responsabilidad penal del imputado a raíz de una evaluación de los hechos imputados por Fiscalía. Es decir: la ratificación de inocencia, la sentencia condenatoria y el sobreseimiento según el artículo 605 numerales 2 y 3 del COIP.⁶⁰

También queríamos aclarar la forma en la cual se realiza el juicio: el porcentaje del procedimiento abreviado, procedimiento directo y el procedimiento ordinario frente al universo de todas las decisiones judiciales entendidas en esta manera, es decir, en el universo de los casos en los cuales la justicia penal ha llegado a un veredicto sobre la responsabilidad penal del imputado. Como forma de terminación también hemos aceptado la conciliación, aunque estamos conscientes de que esta forma de terminación no es una decisión de fondo en el sentido estricto, pues ante

⁵⁹El 10 de agosto de 2014 entró en vigor el Código Orgánico Integral Penal.

⁶⁰El texto de la norma es: “Sobreseimiento. - La o el juzgador dictará auto de sobreseimiento en los siguientes casos: 1. Cuando la o el fiscal se abstenga de acusar y de ser el caso, dicha decisión sea ratificada por el superior. 2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada. 3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad.”

Desde allí se puede concluir que el sobreseimiento según el numeral 1 de la norma no es una decisión de fondo, sino un solo trámite bajo pedido de la Fiscalía, mientras la decisión sobre la raíz de los numerales 2 y 3 de dicha norma es – como conclusión – “trabajo jurídico”: La finalidad de la etapa de evaluación y preparatoria de juicio es valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, Art. 601 COIP.

el acuerdo conciliatorio, se termina el procedimiento y con ello la aclaración de la responsabilidad penal. Finalmente, hemos establecido la denominada “no calificación de flagrancia” como forma de determinar un juicio penal. En este caso, la actuación del juez se finaliza, mientras Fiscalía está llevando a cabo la investigación que puede o no terminar en la formulación de cargos.

Igualmente queríamos excluir las contravenciones del análisis debido a su diferente carácter y procedimiento ante el delito penal.

Finalmente, queríamos limitarnos a la primera instancia, es decir, excluir todos los procesos que se encuentran en apelación o casación.

Por ende, debíamos excluir de la base inicial: contravenciones, decisiones procesales, impugnaciones y delitos sexuales o procesos contra infractores menores de edad porque estos casos carecen de accesibilidad en el sistema “eSatje” del Consejo de Judicatura: A través del número del proceso, el equipo de trabajo ha ingresado a las actuaciones judiciales para levantar los datos sobre el proceso y los procesados mencionados arriba.

La base de datos relevante (el “Universo”) hemos obtenido en la siguiente manera:

Tabla 1: Determinación del universo

Tipo	Número de Casos	Porcentaje
Total – BDD recibida	1.048.576	100 %
Contravenciones	525.858	50,15 %
No corresponden a Primera Instancia	41.909	4,00 %
Delitos Sexuales	11.495	1,10 %
Delitos de adolescentes infractores	No aplica, porque estos delitos no son accesibles en el sistema eSatje. Ingresando uno de aquellos delitos a través del sistema eSatje, no dará resultados.	
Delitos contra menores de edad	No aplica, porque estos delitos no son accesibles en el sistema eSatje. Ingresando uno de aquellos delitos a través del sistema eSatje, no dará resultados.	
Decisiones Procesales	270.234	25,77%
Infracciones de la Ley Orgánica de Defensa al Consumidor	2.035	0,19%
Universo	197.045	18,79 %

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado por: Stefan Krauth

Para garantizar una muestra equilibrada en relación a la ocurrencia de los delitos, hemos establecido grupos de delitos según los capítulos del COIP. Por ejemplo, 30.218 de las 197.045 causas penales (lo que es el 15,36 %) corresponden al capítulo tercero del COIP, delitos contra los derechos del buen vivir, que incluye el

denominado “tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización” (Art. 220).

Con la finalidad de obtener una muestra representativa, se utilizó la siguiente fórmula:

$$n = \frac{z_{1-\alpha/2}^2 N(1-p)}{p(N-1)\varepsilon_r^2 + z_{1-\alpha/2}^2(1-p)}$$

Donde:

N: total de causas penales

z: coeficiente de confianza

ε_r^2 = error relativo máximo esperado

p = proporción del estimador

n = tamaño muestral

Se construyó una muestra de 934 casos, probabilística, estratificada por tipo de delito, en el que el coeficiente de confianza es el de la distribución normal que garantiza el 95% de confianza, con un error relativo no mayor al 7%. El diseño muestral consideró una tasa de sobremuestreo del 10%, al anticipar una posible falta de cobertura por el estado de la base inicial. Ante la finalidad del estudio empírico, productividad de la justicia, se establecieron como variables a ser recogidas en cada uno de los 934 casos las siguientes

- Información de control y cobertura: Nombre del digitador, número de proceso.
- Información sobre el imputado: Sexo, edad, instrucción, ciudad de residencia, provincia de residencia.⁶¹

⁶¹Debido a la mala calidad de la información proporcionada en relación al imputado (es decir, debido a las inconsistencias de los protocolos del eSatje), hemos decidido no incluir la información sobre el imputado en el estudio.

- Información sobre el proceso judicial: Prisión Preventiva: Sí o no, Defensor público o privado, fecha de inicio del proceso, provincia donde se realiza el proceso, Tipo de Delito(s) según COIP (artículo), Pena máxima de más de diez años: ¿Sí o no?⁶², Procedimiento directo: Sí o No, Procedimiento Abreviado: Sí o No, Flagrancia: Sí o No (Información del proceso)

- Fecha de la sentencia, terminación⁶³, en caso de condenación: pena en meses (información sobre la sentencia).

1.1.Los resultados – tipos de delitos procesados

Según el universo de 197.045 casos, los tipos penales procesados en el Ecuador entre el agosto del año 2014 y el julio del año 2019 son:

Tabla 2: tipos penales procesados en Ecuador entre 2014 y 2019

Agrupación capítulo COIP	Ocurrencia en cifras absolutos	Porcentaje
i (graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario)	630	0,32
ii (delitos contra los derechos de libertad)	111.433	56,55
iii (delitos contra los derechos del buen vivir)	30.218	15,33
iv (delitos contra el ambiente y la naturaleza o pacha mama)	2.000	1,014
v (delitos contra la responsabilidad ciudadana), vi (delitos contra la estructura del estado constitucional) vii (terrorismo y su financiación)	28.790	14,61

⁶²Como el procedimiento abreviado no se aplica ante penas superiores a diez años, necesitábamos este criterio para determinar el porcentaje del procedimiento abreviado frente al posible universo (condenaciones, delitos inferiores a diez años).

⁶³Las posibles respuestas son: condenación, ratificación de inocencia, sobreseimiento, conciliación y no calificación de flagrancia.

vi. (viii.: infracciones de tránsito)	23.970	12,16
---------------------------------------	--------	-------

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado por: Stefan Krauth

Como primer resultado, cabe mencionar el desequilibrio de la distribución de los delitos del COIP en el universo de los 197.045 casos: Dentro de 30.218 casos del capítulo tercero del COIP (DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DEL BUEN VIVIR), 29.458 corresponden al tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización (el 97,49 %). Por ende, los demás “delitos contra los derechos del buen vivir” (por ejemplo: Desatención del servicio de salud, Producción, fabricación, comercialización y distribución de medicamentos e insumos caducados, Contaminación de sustancias destinadas al consumo humano) son irrelevantes en la práctica penal del Ecuador. Aunque aquellos delitos tienen un bien jurídico claramente determinable, no son considerados en la prosecución penal, mientras el delito que carece de un bien jurídico claramente determinable – como es el Art. 220 del COIP – corresponde por el 97,49 % de los delitos procesados del capítulo tercero del COIP.

En el marco de la agrupación quinto (DELITOS CONTRA LA RESPONSABILIDAD CIUDADANA, DELITOS CONTRA LA ESTRUCTURA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL, TERRORISMO Y SU FINANCIACIÓN) cabe destacar que la tenencia de armas representa 8.391 casos de los 28.790, mientras el ingreso de artículos prohibidos (Art. 275 COIP) representa 3.904 casos.

En la agrupación VI (infracciones de tránsito), 18.877 casos de 23.970 son por lesiones causadas por accidentes de tránsito.

En la agrupación II (DELITOS CONTRA LOS DERECHOS DE LIBERTAD) destaca el delito de robo en sus diferentes formas con 35.277 casos (31,65 % de la agrupación), mientras el asesinato, el homicidio, el femicidio y el sicariato representan 5.280 de los procesos. (Femicidio: 328 “casos resueltos” en cinco años,

es decir, en promedio 65 decisiones judiciales – no: sentencias⁶⁴ - por femicidio por año al nivel nacional).

1.2. Los resultados – procedimientos aplicados por la justicia penal y porcentaje de casos archivados según la muestra

La muestra representativa abarcaba 934 casos de los cuales 464 han sido reportados como *resueltos* según nuestro criterio acerca de la productividad (sentencias condenatorias o absolutorias, conciliación y sobreseimiento).⁶⁵

Esta Base de Datos reposa en el archivo de la Secretaría de Derechos Humanos y ha sido limpiada de casos repetidos⁶⁶.

Las cifras se presentan en la siguiente manera:

Tabla 3: procedimientos aplicados por la justicia penal y porcentaje de casos archivados según la muestra

Muestra	934
- Contravenciones	23
- Casos archivados (154), sin terminación, aplicación del principio de la oportunidad o con pérdida de documentos	193
- Casos inaccesibles	145
- Decisiones procesales	13
- Casos familiares	3
- Casos no reportados	93

⁶⁴ En el siguiente capítulo veremos que hay una discrepancia significativa entre “sentencia” y “decisión judicial”. La última incluye el archivo y el sobreseimiento.

⁶⁵ Como mencionado anteriormente, a nuestro criterio, el sobreseimiento según pedido por Fiscalía no representa productividad judicial, sin embargo, no podemos descartar que los datos levantados son correctos en este sentido. Es decir, es probable que el dato “sobreseimiento” debería – incluso en su mayoría – abarcar casos que son más bien archivos del proceso ante el dictamen abstentivo.

⁶⁶ Debido a errores al ingresar y/o asignar los datos/casos.

Casos resueltos (por sentencia, conciliación o sobreseimiento)	464
--	-----

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado por: Stefan Krauth

Por ende, **657** casos son **analizados, excluyendo** los casos mal clasificados (contravenciones, decisiones procesales, casos familiares). **464** casos cuentan con una decisión según el criterio del estudio – el **70,62 %** de los casos analizados.

Consecuentemente, el **29,38 %** de los casos analizados (193 de 657) **no han sido resueltos** por sentencia, conciliación o sobreseimiento, aunque figuran en la base de datos del Consejo de la Judicatura como casos resueltos:⁶⁷ En la mayoría son casos archivados (por ejemplo: archivo de la investigación previa por “decisión” judicial según el artículo 587, 587 COIP⁶⁸, aplicación del principio de la oportunidad y casos sin terminación⁶⁹).

En **363** de los **464** casos resueltos, el imputado se – supuestamente – encontró en situación de flagrancia en el sentido del 527 COIP, es decir, que se ha realizado una audiencia de calificación de flagrancia (**78,23 %**). En conclusión, inversa, solo el **21,78 %** de los casos verdaderamente resueltos⁷⁰ ha entrado al sistema judicial por otra vía (denuncia, investigación previa, notificación).

Ya desde ahí se puede concluir el énfasis de sistema penal del país en lo que se llama “delitos flagrantes” - con toda la lógica enlazada (celeridad, falta de tiempo

⁶⁷Cabe mencionar que - para el Consejo de la Judicatura -, el archivo de la causa es una forma de terminación.

⁶⁸Se archiva, cuando el hecho investigado no constituye delito (Art. 586.2 COIP). Curiosamente, el archivo fiscal requiere la intervención del juzgador: “La decisión de archivo será fundamentada y solicitada a la o el juzgador de garantías penales.”, Art. 587.1 COIP. Esta norma es una puerta de entrada para una falsa demostración de la productividad de los operadores de la justicia. Se realiza audiencias “vacías”, audiencias, en las cuales no se llega a ninguna decisión del fondo, sin obstante, constan como prueba de la productividad en las estadísticas de las instituciones.

⁶⁹En la mayoría por fuga.

⁷⁰Es decir, casos resueltos por sentencia de fondo, sin embargo, con la reserva expuesta anteriormente que los casos sobreseídos – incluso en su mayoría – abarcar casos que son más bien archivos del proceso ante el dictamen abstentivo, porque el sobreseimiento en este sentido no deja al juzgador un margen de decisión propia.

suficiente para llevar a cabo una investigación profunda, imparcial y de calidad, y finalmente la hiper-burocratización de la investigación penal más allá de los procedimientos ante “delitos flagrantes”).

La debilidad partiendo de este énfasis se puede demostrar a través del siguiente cálculo: En la base de datos existen **154 casos archivados**. 40 (el 25,97 %) ⁷¹ de ellos han entrado al sistema judicial a través de audiencias de flagrancia, mientras 114 (el 74,03 %) no lo han hecho. Consecuentemente, la probabilidad de que un caso sea archivado que entró al sistema penal por la supuesta normalidad de la investigación previa es significativamente más alta que en un denominado “delito flagrante”, la supuesta comisión del “delito en presencia de una o más personas o cuando se la descubre inmediatamente después de su supuesta comisión, siempre que exista una persecución ininterrumpida desde el momento de la supuesta comisión hasta la aprehensión, asimismo cuando se encuentre con armas, instrumentos, el producto del ilícito, huellas o documentos relativos a la infracción recién cometida.” (527 COIP): El **74,03 % de las investigaciones previas** (es decir: delitos sin calificación de flagrancia) será archivado posteriormente.

Miremos ahora los resultados en cuanto a los “casos resueltos”, es decir los 464 casos que abarcan una decisión judicial (ratificación de inocencia, condenación, sobreseimiento o conciliación). En 329 casos, hubo un (1) imputado, en 80 casos, dos (2) imputados y en 24 tres (3) imputados. La Base de Datos cuenta finalmente con 9 casos con cuatro (4) imputados, con tres casos con cinco (5) imputados, un caso con seis (6) imputados y finalmente con un caso con diez imputados.

⁷¹Aquí cabe una aclaración para evitar un posible malentendido: en el marco de la audiencia de la calificación de flagrancia, fiscalía (puede) formula(r) cargos, mientras con la audiencia de formulación de cargos, inicia la etapa de la instrucción (Art. 591 COIP). Por ende, este órgano no puede solicitar el archivo (de la investigación previa) *posteriormente* a la audiencia de flagrancia, siempre y cuando haya formulado cargos. Según Art. 529 COIP, en la audiencia de calificación de flagrancia se calificará la legalidad de la aprehensión y el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos.

Más bien se trata (a) de casos en los cuales se ha realizado la audiencia de flagrancia, pero donde no se ha formulado cargos, por ejemplo, por la no calificación de la flagrancia: A veces, fiscalía no solicita la calificación de flagrancia para ganar más tiempo para la investigación (previa), la cual, a su vez, puede ser archivada. Finalmente (b): el caso es sobreseído posteriormente a la formulación de cargos que se realizó en el marco de la audiencia de la calificación de la flagrancia, pero este sobreseimiento figura, según nuestra observación, en los archivos de la Judicatura como “archivo de la causa”. Como hemos visto anteriormente, el sobreseimiento según el Art. 605.1 COIP se debería entender como una forma del archivo de la investigación, con la diferencia que se da al final de la instrucción en vez de la investigación previa.

Por cuestiones de la economía de la investigación nos hemos limitado al análisis de los 464 casos hasta tres procesados – salvo una excepción que explicaremos más adelante en este capítulo.

Cabe destacar que, consecuentemente, un caso puede abarcar más que una decisión sobre, por ejemplo, la prisión preventiva o el procedimiento abreviado. Por ende, hemos entendido los casos con más que un imputado como casos con decisiones judiciales correspondiente al número de procesados.

1.3. Procedimiento abreviado

Primero queremos mostrar el porcentaje del procedimiento abreviado. Para entrar al análisis, debíamos excluir todos los casos en los cuales la pena máxima supere 10 años, porque en estos casos no se puede aplicar el procedimiento abreviado. Frente a los 433 casos viables para el procedimiento abreviado, se ha tomado **506 decisiones** sobre la aplicación del procedimiento abreviado, que se dio en **190 ocasiones**, es decir, en el **37,54 %** de los casos resueltos.

1.4. Prisión Preventiva

Para mejorar la exactitud del resultado, hemos incluido los nueve casos con 4 imputados, lo que implica un incremento por 36 decisiones sobre la aplicación del procedimiento abreviado, la prisión preventiva y la terminación respectiva.

En el 59,49 % de todas las causas se dictó la medida cautelar de la prisión preventiva. (307 resoluciones afirmativas de 516 decisiones). Excluyendo las causas que no son “flagrantes” en el sentido del Art. 529 COIP, el porcentaje se aumenta al **61,67 %**. Es decir, el 61,67 % de las audiencias de flagrancia terminan con la prisión preventiva – aunque esta medida cautelar debe ser la excepción.

1.5. Prisión preventiva y procedimiento abreviado

Sumamente interesante es la relación entre la decisión sobre la prisión preventiva y la posterior aceptación del procedimiento abreviado. En el **87,89 %** (190

decisiones / aceptaciones del procedimiento abreviado frente a 167 autos dictando prisión preventiva) de los casos resueltos en el marco del procedimiento abreviado, se ha dictado la prisión preventiva anteriormente. Es decir, la decisión del procesado sobre el procedimiento abreviado **no se ha tomado en libertad en el 87,89 % de los casos.**

1.6. Resultados de los juicios penales

Finalmente, cabe analizar como terminaron las causas penales analizadas. Como mencionado, el 37 % de los casos en los cuales la aplicación era jurídicamente posible, terminó con el procedimiento abreviado, lo que inevitablemente implica una **condenación**. Por lo tanto, nos interesaban los casos **no resueltos** por el procedimiento abreviado. Solamente en estos casos, el juez se ve obligado a tomar una decisión **propia** sobre la responsabilidad penal del procesado a raíz de los hechos imputados por Fiscalía.

Esta tabla refleja los resultados de las decisiones del fondo en los procesos penales sin procedimiento abreviado en los casos entre uno hasta cuatro imputados.

Tabla 4: decisiones de fondo en procesos penales sin procedimiento abreviado

Terminación	Cifra	Porcentaje
Condenación	110	32,54
Sobreseimiento	68	20,12
Conciliación	74	21,89
Ratificación de inocencia	86	25,44
Suma	338	100

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado por: Stefan Krauth

Anteriormente hemos señalado que el 37 % de los casos en los cuales la aplicación del procedimiento abreviado era posible, se lo ha aplicado. para obtener una perspectiva más amplia deberíamos contrastar todos los casos resueltos sin

haber recurrido al procedimiento abreviado con la cifra de los casos resueltos mediante el procedimiento abreviado.

En este caso, las cifras se presentan así:

Tabla 5: casos resueltos mediante procedimiento abreviado

	A	B
	Casos resueltos sin procedimiento abreviado (hasta cuatro imputados): 338 (62,89 %)	Total, procedimiento abreviado (hasta cuatro imputados): 202 (37,40 %)
Condenación	110	202
Conciliación	74	
Sobreseimiento	68	
Ratificación de inocencia	86	
Suma A + B		540

Fuente: Consejo de la Judicatura

Elaborado por: Stefan Krauth

Por lo tanto, existen 312 (110 + 202) condenaciones. Ante 540 decisiones sobre la responsabilidad penal (sin y con la aplicación del procedimiento abreviado, 338 + 202), esta tasa corresponde al **57,78 %**.

El **15,92 %** de los procesos penales resultó en la ratificación de la inocencia, mientras el **12,59 %** es sobreseído y el **13,70 %** llega a un acuerdo de conciliación. En otras palabras: descontando el procedimiento abreviado, el sobreseimiento y la conciliación, solo 196 frente a 540 decisiones se toma de manera contradictoria. Meramente el **36,29 %** de las decisiones de fondo, han sido obtenidas en un juicio en el sentido estricto.

Anteriormente hemos señalado que un tercio (alrededor de 30 % de los casos

analizados) no han sido resueltos según criterio de este estudio (archivados, sin terminación) lo que corresponde – en cifras absolutas – a 193 casos. Dentro del universo de los casos resueltos (464 casos) por su parte, el 42,01 % de los casos se resuelve a través de la conciliación o el sobreseimiento (sin procedimiento abreviado).

Considerando el universo de los casos resueltos (464 casos, 540 decisiones) más amplio, es decir incluyendo los casos resueltos por el procedimiento abreviado, solo el **36,29 %** de las decisiones de fondo que llegaron a un resultado, han sido obtenida en un juicio en el sentido estricto del Art. 5.13 COIP:⁷² De 540 decisiones sobre la responsabilidad penal, 196 se realizaron fuera del procedimiento abreviado, la conciliación o el sobreseimiento.

Es decir, solo en el **36,29 %** de los casos inicialmente clasificados como resueltos (**70,62 %**), el juez **tomó una decisión propia sobre la responsabilidad penal a raíz de los hechos imputados**. En modo de conclusión: de los casos inicialmente analizados como resueltos, lo que incluye el archivo, solamente el **25,63 %** atravesó un juicio contradictorio. ($70,62 \div 100 \times 36,29$), es decir llegó a la ratificación de la inocencia o a una condenación sin aplicación del procedimiento abreviado.

1.7. Procedimiento directo

De los 464 casos con resultados, en 265 se aplicó el procedimiento directo (**57,11 %**) con las limitaciones del derecho de la defensa anteriormente expuestas.

⁷² “Contradicción: los sujetos procesales deben presentar, en forma verbal las razones o argumentos de los que se crean asistidos; replicar los argumentos de las otras partes procesales; presentar pruebas; y, contradecir las que se presenten en su contra.”

CAPÍTULO TERCERO: El derecho al acceso a la Justicia – el marco empírico

1. La realidad del procedimiento abreviado

Como señalado anteriormente en el capítulo I.A., se debería entender el artículo 8 de la CADH como conjunto de derechos garantizando el acceso a la justicia, es decir: el derecho a ser oído. Nuevamente podemos entender aquella norma como marco legal para el flujo de información entre la sociedad y su sistema parcial “justicia penal.” La finalidad del Art. 8 CADH consiste en (a) garantizar que el acusado puede entregar la información que considere necesaria para su defensa al juicio (sobre todo a través del ofrecimiento de pruebas de descargo) y (b), que esta participación o no-participación del acusado carezca de injerencias en la libre ejecución de su voluntad. Como expuesto en las paginas anteriores, la confesión obtenida por coacción no solamente atenta contra la libertad de formar libremente la voluntad ante una decisión concreta, sino contra la dignidad humana en el sentido del libre despliegue de la personalidad y consecuentemente la auto representación de la misma.

Independientemente del debate dogmático sobre el procedimiento abreviado⁷³ y en un lenguaje más abstracto, se trata de no caer en contradicción: en sistema judicial que establece como pilar fundamental la libertad (en el sentido de la ausencia de injerencias en la libre ejecución de la “agencia” o libre albedrío), no puede recurrir a la coacción para lograr fines particulares⁷⁴. Más bien, a través de respetar dignidad y libertad como núcleo de un ordenamiento jurídico (y de la sociedad moderna), en el marco de un proceso penal, se afirma aquel orden *normativamente*. En el Ecuador, el debate es mejor conocido como el debate entre “eficientísimo” y “garantismo”⁷⁵. Con lo expuesto anteriormente en el parte teórico de este estudio, se puede entender porque el “eficientísimo” carece de eficiencia,

⁷³Véase para el Ecuador Jorge Touma, *El procedimiento abreviado: Entre la eficacia judicial y el derecho a la no autoinculpación*, Quito 2017. Sin embargo, según de la hipótesis sostenida en este estudio, el procedimiento abreviado no puede aportar a la eficacia judicial.

⁷⁴Además, se puede cuestionar si una confesión obtenida a través de la coacción, puede servir para aclarar la verdad o si no más bien produce falsos positivos que – a su vez – no pueden (re)establecer el orden jurídico.

⁷⁵El autor quiere agradecer a Jorge Paladines por esta observación.

porque la obtención de condenaciones a través del procedimiento abreviado no solamente no puede solucionar un conflicto penal, sino más bien carece de la capacidad de generar sentido comunicativo sobre expectativas normativas.

Entre los reparos que el procedimiento abreviado ha enfrentado destaca la coacción⁷⁶. En su artículo 8 numeral 3 la CADH estipula: “La confesión del inculpado solamente es válida si es hecho sin coacción de ninguna naturaleza.” Además de esto, la CADH estipula en su Art. 8.2 lit. g) el “derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable”.

Ante el texto de la norma y el debate sobre el procedimiento abreviado, hemos llevado a cabo entrevistas cualitativas con personas condenadas y privadas de libertad por la aplicación del procedimiento abreviado. El fin de estas entrevistas era averiguar si los mecanismos del COIP a limitar un posible abuso del procedimiento abreviado (y consecuentemente la vulneración del Art. 8 CADH) se aplican en la realidad – sobre todo el alcance de la explicación del procedimiento y su voluntariedad en el sentido del Art. 635, 636 y 637 COIP.

Las entrevistas han sido realizadas por el autor en el Centro de Detención Provisional “El Inca” en la ciudad de Quito entre los meses noviembre del año 2019 y enero del año 2020. Se las realizó utilizando un cuestionario con una serie de preguntas pre formuladas. Sin embargo, cuando parecía necesario, se ha salido de aquellas preguntas para responder a respuestas que se han dado en el marco de la entrevista. El autor tomó notas manualmente, porque la entrada con grabadora no ha sido permitida.

Las personas a entrevistar han sido elegidas por la Defensoría Pública del Ecuador, Dirección “Ejecución de Penas”. Aquella dirección lleva un registro de personas privadas de libertad y levanta datos sobre el procedimiento que ha resultado en la condenación. Sin embargo, este listado no implica que la persona condenada ha sido defendida por un defensor público, porque las personas a entrevistar acudieron a la Defensoría Pública para obtener beneficios penitenciarios (régimen semiabierto).

⁷⁶Véase arriba, capítulo I.B.

El autor no ha levantado datos personales de las personas a entrevistar. Primero, para proteger la privacidad de ellas, y segundo, para garantizar la veracidad de las respuestas. Todas personas a entrevistar han sido representadas por la Defensoría Pública en el *momento* de la entrevista. Por ende, era posible que no hubiesen criticado las actuaciones de los Defensores Públicos sabiendo que hubiese sido posible identificarles posteriormente de la entrevista. Los originales de las transcripciones descansan en el archivo de la Secretaría de los Derechos Humanos. Las transcripciones han sido numeradas.

En el siguiente capítulo se realizará un resumen de las entrevistas.

2. Las entrevistas

Entrevista 1

La persona condenada fue detenida el 28 de octubre 2018. Su condenación se realizó en el mayo de 2019. Antes de su juicio no sabía “nada” sobre el procedimiento abreviado. El abogado particular propuso este procedimiento. Preguntándole a la persona detenida: ¿En qué etapa de su juicio se le dio, por primera vez, la posibilidad de someterse al procedimiento abreviado?, ella respondió: “Estaba 7 meses en el Inca esperando el juicio.”

La persona condenada señaló que no había recibido una explicación clara sobre el procedimiento abreviado. Preguntada por las consecuencias de procedimiento abreviado, la persona condenada contestó: “Sólo se hizo un cálculo de la pena: 7 años y 20 meses.” Además, la persona condenada señaló que no había recibido ninguna explicación sobre los hechos y cargos de la Fiscalía. (“No recibí nada de esto”). El abogado le había dicho: “Va a decir que sí” (en la audiencia). La persona condenada dijo que la explicación sobre el procedimiento abreviado demoraba cinco minutos aproximadamente. Preguntada por la alternativa al procedimiento abreviado, contestó: “Una pena más alta.” El abogado de la persona condenada señaló como alternativa al procedimiento abreviado solamente mencionó el tema de la pena. La persona condenada “no sabía de las consecuencias”.

Entrevista 2

La persona a entrevistar ha sido condenada dos semanas antes de la entrevista. Ella fue detenida el 18 de junio 2019 y ha esperado alrededor de cinco meses a su juicio. La persona condenada señaló que se ha sometido a otro procedimiento abreviado 8 años atrás. La persona condenada propuso al abogado el procedimiento abreviado, pero al abogado rechazaba su propuesta. En el día de la audiencia se dio la posibilidad concreta del procedimiento abreviado. Según la persona condenada, el abogado “mintió” y nunca “ha hablado con el Fiscal”. La persona condenada se vio “obligado” a someterse al procedimiento abreviado porque su abogado no ha preparado nada en cuanto a la defensa.

La persona condenada dejó: “En este momento no había alternativa”. La persona condenada señaló que hablaba con el Fiscal “en la misma audiencia” y que “no había defensa”. Ella nunca ha recibido una explicación clara sobre los hechos y añadió: “me obligaron a aceptar los hechos”. Luego de aceptar el procedimiento abreviado, el Fiscal había leído el expediente. Solamente en este momento, la persona condenada se enteró de los cargos exactos. El abogado no había explicado nada sobre el procedimiento abreviado. Preguntada por las alternativas, la persona condenada señaló: “Pelear”. El solo ha aceptado el procedimiento abreviado por no tener comunicación (prisión preventiva) y carecer de una defensa técnica. Finalmente, la persona condenada criticó la figura jurídica de la asociación ilícita por su indeterminación.

Entrevista 3

La persona a entrevistar ha sido detenida el 7 de noviembre de 2018 y condenada mediante un procedimiento abreviado el 15 de enero del año 2019. Ella sí sabía antes de que se trataba esta forma de procedimiento. En su caso, fue el abogado particular que ha propuesto el procedimiento abreviado. Preguntada por la primera vez que se dio la posibilidad de un procedimiento abreviado, la persona condenada

indicó que esto fue en el mes de diciembre, es decir alrededor un mes después de la detención en las instalaciones del centro de detención provisional “El Inca”. A su criterio, sí había recibido una explicación sobre el procedimiento abreviado. Ante la pregunta, cuál haya sido la consecuencia del procedimiento abreviado, la persona condenada contestó “una pena más alta” (¡sic!).

Preguntada por la explicación clara sobre los hechos que le han sido imputados por fiscalía, la persona condenada dijo: “Sí, por el expediente.” Esta revelación también tuvo lugar el 8 de diciembre, en el marco de la visita del abogado particular en el CDP. En cuanto al tiempo de la explicación que recibió sobre el procedimiento abreviado, la persona condenada respondió: “alrededor de quince minutos” y en cuanto a la alternativa al procedimiento abreviado: “una pena mucha más alta.” Su abogado particular le había dicho que no había alternativas al procedimiento abreviado y la persona condenada entendió esta explicación.

Entrevista 4

La persona a entrevistar ha sido detenida el 11 de junio del año 2019 y condenada tres semanas antes de realizar la entrevista. Ella no conocía sobre el procedimiento abreviado antes de su juicio. Preguntada por la etapa de su juicio, en que se dio por primera vez la posibilidad de someterse al procedimiento abreviado, ella contestó que haya sido “hace 5 semanas, 14 días antes de la audiencia”. Preguntada por la explicación clara sobre el procedimiento abreviado, la persona condenada comentó el montaje que ha conllevado – a su criterio – a su condenación. Sobre las consecuencias del procedimiento abreviado, la persona condenada dijo: “No se puede hacer nada, por el crimen organizado”. Ante la pregunta si había recibido una explicación clara sobre los hechos, la persona condenada respondió: “El abogado no ha hecho nada” y luego dice que esto (es decir, aquella explicación), fue 14 días antes de la audiencia. Ante la pregunta: ¿Cómo se enteró de estos cargos?, respondió: el abogado dio un resumen. La explicación sobre el procedimiento y el análisis de los hechos demoraba alrededor de 30 minutos. Preguntada por las alternativas, el abogado dijo que no existieran alternativas. “No hay nada que hacer”. Esta explicación se demoraba dos minutos.

Ante los comentarios abiertos al final de la entrevista, la persona condenada se

puso enojada y se quejó sobre el proceso: el abogado no explicaba nada, la persona condenada no sabía que iba a pasar, solo que supuestamente “no se puede hacer nada”. Posteriormente a la audiencia, el abogado nunca contestó el teléfono. La persona condenada quiere apelar su condenación, pero no sabe si esto es posible en el marco del procedimiento abreviado. Todas seis personas procesadas se sometieron al procedimiento abreviado, y, según la persona entrevistada, a todos los abogados se les habían dicho que no había alternativa.

Entrevista 5

La persona entrevistada fue condenada el 6 de abril 2018 y no conocía del procedimiento abreviado antes de su juicio. En su caso, fue el abogado quién propuso este procedimiento. El procedimiento ha sido propuesto ya en la audiencia de flagrancia. Preguntado por la explicación clara sobre el procedimiento abreviado y las consecuencias del mismo, la persona entrevistada solo dijo que – según al abogado – no era posible ir “al tribunal por los antecedentes. 20 meses en vez de hasta 5 años.”

Preguntado por las consecuencias del procedimiento abreviado, la persona entrevistada contestó: la pena hubiese sido más alta.⁷⁷ Preguntada por el día de la explicación, ella contestó “En el valle” (SK: el lugar de la detención, es decir, al mismo día). Cuando le preguntamos a la persona entrevistada si había recibido una explicación clara sobre los hechos y cargos imputados por fiscalía, ella ha respondido: “el abogado no me ha mostrado el expediente, solo mi explicó verbalmente.”

Ante la pregunta: ¿cuál hubiese sido la alternativa de aceptar los hechos?, la persona entrevistada dijo: “por los antecedentes me dan más. Por eso, lo acepté.” Preguntado por las alternativas al procedimiento según su defensor, la persona entrevistada dijo: la máxima pena. Frente a esta respuesta, nosotros hemos preguntado si la personan entrevistada se haya sentido presionada: “Sí, me sentí

⁷⁷Aquí se demuestra, como en otros casos, que la persona entrevistada ha entendido la pregunta no en el sentido de la consecuencia jurídica (es decir, que no hay cuestionamiento de los hechos en el marco de un juicio contradictorio), sino que la persona ve este procedimiento como posibilidad de rebajar la pena.

presionado un poco.”

Ante la última pregunta (¿Algo más que quisiera comentar?), la persona entrevistada dijo: “No quiero pensar. Sin prisión preventiva, con plata...”

Entrevista 6

La persona entrevistada ha sido detenida el 27 de febrero de 2019 y condenada un mes después, el 27 de marzo 2019 a una pena de 16 meses en el marco de un procedimiento abreviado. Ella no conocía que era el procedimiento abreviado antes de su juicio. El abogado público proponía este procedimiento. Preguntado en qué etapa de su juicio se dio por primera vez la posibilidad de someterse al procedimiento abreviado, la persona entrevistada contestó: a las 24 horas antes de la audiencia de flagrancia. Ella añadió que pensaba que iba a ser condenada en esta misma audiencia.

Ante la pregunta si había recibido – por parte de su defensor – una explicación clara sobre el procedimiento abreviado y sobre las consecuencias del mismo, la persona entrevistada diferenció: en cuanto a los hechos sí, en cuanto a los aspectos jurídicos “no he recibido una explicación.”

Preguntada por las consecuencias del procedimiento abreviado, la persona entrevistada dijo: “Nadie te escucha”, y que hubiese sido una pena mucha más alta. Que el procedimiento abreviado era la vía más rápida.

La persona entrevistada si recibió una explicación clara sobre los hechos y esta explicación tuvo lugar ya en el primer día, inmediatamente después de su detención. El abogado mostró el expediente. La explicación de los hechos y del procedimiento se demoró “ni quince minutos los dos”. La alternativa al aceptar los hechos hubiese sido – según el criterio de la persona entrevistada – una “pena más alta.” Preguntado por las alternativas según el defensor, la persona entrevistada contestó que según el abogado no hubo alternativa al procedimiento abreviado y – además – que la prisión preventiva era obligatoria.

Finalmente, la persona entrevistada dijo: “Personalmente creo que sí” había entendido la explicación.

Ante la última pregunta, contestó: “El procedimiento abreviado es un arma con doble filo. Sólo es rápido. Si yo hubiese recibido libertad, desde fuera, la defensa

hubiese sido diferente. Aquí dentro (Centro Detención Provisional), no hay comunicación, ni preparación de la defensa. El abogado solo vino dos veces.”

La persona entrevistada aceptó el procedimiento abreviado el primer día. El juez lo explicó bien.

Entrevista 7

La persona a entrevistar ha sido detenida el 6 de agosto de 2018 y condenada el 11 de diciembre del mismo año una cadena de 23 meses. Antes de su juicio, no sabía nada del procedimiento abreviado. El abogado proponía esta forma de procedimiento. La posibilidad de someterse al procedimiento abreviado se dio por primera vez “Aquí en la Inca, cuando se acabó la instrucción fiscal.”

Preguntado si ha recibido por parte de su defensor una explicación clara sobre el procedimiento abreviado y sobre las consecuencias del mismo, la persona entrevistada contestó: “Muy básico, veinte minutos antes.” El abogado le expuso la expectativa de una pena de 5 años. La persona entrevistada mencionó que quería salir rápido. En caso contrario, le hubiese tocado esperar un “un año más” al juicio.

Para ella, la consecuencia era solo “el tiempo” y añadió: “Hay un temor de la investigación.”

Ella sí recibió una explicación clara sobre los cargos imputados por fiscalía. La persona a entrevistar aceptó el procedimiento en la audiencia preparatoria (respuesta a la pregunta en qué momento ha recibido la explicación sobre los cargos). Preguntada por el tiempo que se demoró la explicación sobre el procedimiento abreviado, la persona entrevistada contestó: “menos de cinco minutos.”

Ante la pregunta, cuál hubiese sido la alternativa de aceptar los hechos, la persona contestó: “incertidumbre y más tiempo.” Preguntada por las alternativas al procedimiento abreviado según el abogado, ella contestó: “una pena de 5 a 7 años.”

La persona entrevistada quería añadir que los problemas principales del procedimiento abreviado son el tiempo que se demoraba un juicio ordinario y la incertidumbre. Solo por ellos, se ha sometido a este procedimiento.

Entrevista 8

La persona a entrevistar ha sido detenida en el mes de abril de 2019; en el mismo día se dio la audiencia. Preguntado si conocía antes de su juicio lo que es el procedimiento abreviado, dijo: “El abogado me lo ha dicho”. También fue el abogado que le proponía someterse al procedimiento abreviado.

Preguntada por la etapa del juicio cuando se le dio por primera vez la posibilidad de someterse al procedimiento abreviado, ella dijo: “Al final de la instrucción fiscal.” Ella tenía dos abogados particulares. Literalmente dijo: “No saben defender. El primer abogado no hizo casi nada.” La investigación era mediocre, no había frutos de la investigación. Según las explicaciones recibidas, el procedimiento abreviado consiste en una pena reducida. Esto fue al final de la instrucción.

En relación a la explicación clara sobre los hechos que le fueron imputados, dijo: La investigación era muy mediocre. El abogado le mostraba el expediente; esto ocurrió al terminar la investigación. El abogado le informaba sobre los cargos. La explicación demoraba aproximadamente seis minutos. Al responder esta pregunta, la persona al entrevistar añadió: “Ayudamos al estado. El estado no gasta en la investigación.”

Preguntada por las alternativas de aceptar los hechos: “A tribunales con una pena de cinco a siete años. No tenía salida.” Sus amigos le habían dicho: “No te entregues”, mientras el abogado ha dicho: “Estas salado. La jueza y la Fiscal son malas, no tenemos otra opción”.

Preguntada si entendía esta explicación: “Hemos perdido mucho tiempo. Estoy aquí por el primer abogado. 90 % de los abogados son malos.” No tenía más que comentar, “pienso más en mi libertad.”

Entrevista 9

La persona entrevistada fue detenida el 10 de mayo del año 2019; al mismo día ha sido dictada la prisión preventiva. El 19 de julio fue condenada en un procedimiento abreviado. Antes de su juicio no sabía que es el procedimiento abreviado. El abogado público se le ha propuesto someterse a este procedimiento.

Ante la pregunta: ¿En qué etapa de su juicio se le dio por primera vez la posibilidad de someterse al procedimiento abreviado? dijo: “Muy poco antes, una

semana antes.” Ante la pregunta 5 (explicación clara sobre el procedimiento abreviado), la persona entrevistada contestó: hablamos sólo sobre la reducción del tiempo. En relación a las consecuencias dijo nuevamente: solo de tiempo.

La persona condenada recibió una explicación clara sobre los hechos por parte de su cuñado cuando estaba en el Inca. La explicación se demoró treinta minutos, lo que incluye toda la preparación del caso. La alternativa al aceptar los hechos hubiese sido “ir al tribunal. Allí dan mucha pena. Así es la vida. Son mi familia.”

También ha aceptado el abreviado para proteger a su cuñado. En relación a las alternativas, el Defensor pública decía que esperaba una pena más alta y que no había alternativa. Finalmente quiso comentar que está aquí por videoconferencia, lo que quiere decir que su audiencia de su juicio se realizó a través de una videoconferencia con una calidad que no ha permitido una comunicación con su abogado.

Entrevista 10

La persona entrevistada fue detenida el 25 de mayo, y la audiencia se realizó el 7 de noviembre 2019. Antes de su juicio, no sabía que era el procedimiento abreviado. El abogado particular le proponía someterse al procedimiento abreviado. La posibilidad de someterse al procedimiento abreviado ya se dio al inicio. “El abogado no hizo nada.” Preguntada por la explicación sobre el procedimiento abreviado dijo: “Echarse la culpa”. Preguntada por las consecuencias, la persona entrevistada dijo: “Por falta de pruebas y del tiempo me sometí. No había una práctica de pruebas.”

Oralmente, el abogado le informó sobre las cargas. Esto se demoró “ni dos minutos”. Ante la siguiente pregunta, (¿cuál hubiese sido la alternativa), la persona entrevistada dijo: “Yo hubiera salido libre. No había prueba.” El defensor en relación a las alternativas al procedimiento abreviado: “Habló del riesgo de la máxima pena.” Para él (abogado), era segura una pena más alta. La persona entrevistada entendió esta explicación. Finalmente dijo: “Mala decisión, mal abogado.” Lo que se requiere era una buena investigación. El procedimiento abreviado solo protegía a los abogados.

Entrevista 11

La persona a entrevistar fue detenida hace nueve meses. Hace cuatro meses se realizó su audiencia, y lleva cinco meses en El Inca. Antes de su juicio, no sabía que era el procedimiento abreviado. La persona supuestamente ha sido notificada tres veces por correo electrónico para rendir su versión, pero nunca ha podido dar aquella porque no recibió los correos electrónicos.

Compañeros de la cárcel le hablaron sobre el procedimiento abreviado. La persona entrevistada aceptó el procedimiento abreviado en la audiencia preparatoria del juicio. “Fue un chanchullo,” indicó. Ante la pregunta si ella había recibido una explicación clara sobre el procedimiento abreviado, contestó: “Sí. Fue un día antes de dar la versión.” (Nota: la persona se refiere a la audiencia preparatoria).

Preguntada por las consecuencias del procedimiento abreviado según su criterio indicó: “Es muy difícil ganar en tribunales. 5 % ganan, el resto pierde. Nadie va a tomar el riesgo. El sistema penal no funciona.” Un día antes de dar la versión sí recibió una explicación clara sobre los hechos imputados. El abogado particular le mostró el expediente. 15 minutos de 60 minutos estaban hablando sobre el procedimiento abreviado.

Ante la pregunta: ¿Cómo hubiese sido el resultado de su juicio sin el abreviado?, respondió: “Condenado. Siempre van a creer a la mujer.” En relación a las alternativas al procedimiento abreviado decía el abogado: “Más tiempo.” Por último, (¿Algo más que quisiera comentar?), habló de la falta de imparcialidad de las investigaciones y la problemática de la versión anticipada. “No hemos tenido las posibilidades de hacer preguntas. En el año 2017 se tomó su versión (nota: de la supuesta víctima), y en el año 2019 se contrató al abogado.”

Entrevista 12

La última persona a entrevistar todavía no ha sido condenada. Desde su detención el 22 de octubre del año 2019, está “aquí en el Inca.” Del procedimiento abreviado se enteró “acá por los compañeros.” Ella está procesada por asociación ilícita, es decir por haber recibido “llamadas del jefe”. El abogado particular decía que estos registros de llamadas fuesen pruebas. Por ende, el procedimiento abreviado sería preferible. Esto fue “el lunes, hace dos días.” La persona entrevista

no ha recibido una explicación clara sobre este procedimiento, “sólo me mencionó: menos tiempo.” Saldría con tres años. En relación a las alternativas: posiblemente perdamos. La persona indicó yo solamente había recibido llamadas, sin embargo, el abogado decía que fuera preferible someterse al procedimiento abreviado. La explicación del abogado era “rápido.”

3. Interpretación – la cultura del trámite frente a la cultura del litigio o: “Ayudamos al Estado. El Estado no gasta en la investigación.”

Resumiendo, se destaca en la entrevista la falta de una investigación efectiva y imparcial que pueda resultar en la disposición de la persona privada de libertad velar por su inocencia. Se nota la mala calidad del desempeño de los abogados. Muchas veces, las personas entrevistadas se quejan de que ellos no habían cumplido con sus compromisos, de que no habían detonado una investigación propia. Las recomendaciones de los abogados se limitaban a indicar “que no se puede hacer nada”, que no existieran alternativas al procedimiento abreviado. O como ha dicho una persona privada de la libertad: “Ayudamos al Estado. El Estado no gasta en la investigación.”

Igualmente, grave es la indicación de la incomunicación, es decir, de que las condiciones en las cárceles no permiten la preparación de la defensa. El contacto entre defendido y abogado es severamente limitado. El imputado carece de la posibilidad efectiva influir sobre su juicio. En un caso, el imputado ha sido – supuestamente – notificado por correo electrónico sobre un proceso penal en su contra, una forma de notificación sumamente propensa a errores. En consecuencia, ante el testimonio anticipado, nunca hubo la posibilidad real de interrogar a la supuesta víctima.

Un tercer aspecto es el tiempo y la incertidumbre. Las personas entrevistadas parcialmente han mencionado que han visto esto como móvil para aceptar el procedimiento abreviado. Un juicio ordinario se demora mucho tiempo para realizarse, por ende, las personas entrevistadas prefieren salir de la incertidumbre sometiéndose al procedimiento abreviado.

En cuarto lugar, se podía observar que las explicaciones sobre el procedimiento abreviado se limitaban a indicar la rebaja de la pena, es decir, la computación. La trascendencia del mismo nunca ha sido explicada. Al parecer, los abogados ya habían tomado la decisión *antes* de hablar con sus defendidos (“no hay alternativa”).

La posición de la persona privada de la libertad es caracterizada por la mala calidad del desempeño de los abogados, sean públicos o particulares, que resulta en deficiencias de la investigación previa, falta de comunicación y falta de explicación sobre las opciones ante el juicio penal. Añadiendo deficiencias estructurales del sistema penal en el Ecuador, la demora, la amplia incomunicación de las personas privadas de la libertad ante instalaciones que no cumplen con los requisitos del artículo 8.2 d CADH (el derecho de comunicarse libre y privadamente con su defensor) y las deficiencias de la investigación por parte de la fiscalía, cabe la duda si en estas condiciones se puede presentar el consentimiento libremente. En otras palabras: cuando no existe la posibilidad real de influir sobre el juicio penal o realizar una investigación efectiva e imparcial, la única alternativa que queda al imputado es aceptar el hecho de no haber podido ser oído – y someterse al procedimiento abreviado. Ante estas condiciones, no se puede hablar de un consentimiento libre.

4. El derecho al acceso a la justicia – la perspectiva de la víctima

Anteriormente hemos enfatizado la importancia del flujo de información entre entorno (“sociedad”) y sistema parcial (“justicia”) para el funcionamiento del mismo. Análogamente a la doble función de los derechos del imputado, los derechos de la (supuesta) víctima consisten en una doble finalidad: velar por el “interés” de ella al nivel particular, lo que sobre todo debería ser: siendo oída⁷⁸ y

⁷⁸ Hasta hoy, no queda muy claro cuál exactamente es el interés de la víctima ante un proceso penal más allá de una “satisfacción” indeterminada, producto del castigo.

proporcionar la información necesaria para el funcionamiento del sistema parcial. Otra vez: mediante “sus” derechos en el proceso penal, que pueden ser reducidos al derecho a ser oído en sus diferentes aspectos, la víctima contribuye a la búsqueda de la verdad la cual se realiza en el favor de la sociedad.

Ante esto y por el (percibido) papel secundario de la víctima en el procedimiento procesal, en los últimos años se ha empezado entender a la víctima como sujeto procesal que apoye, vigile o complemente el papel del fiscal en el proceso penal.⁷⁹ Se entiende que la víctima tiene - adicionalmente al interés del Estado – un propio interés en el castigo del infractor.⁸⁰ Es decir, se asume que la víctima recibirá una “satisfacción” por el daño recibido mediante la sentencia condenatoria emitida por el Estado y que el derecho a obtener la sentencia condenatoria se suma al derecho de la sociedad “en general” de retribuir el daño provocado por la comisión del delito.

La implementación de los derechos de la víctima en los diferentes códigos procesales penales ha enfrentado un sinnúmero de debates académicos los cuales no nos pueden ocupar en el marco de este planteamiento. Nos limitamos a constatar que el papel o el interés de la víctima en el proceso penal no necesariamente coincide con el interés del Estado. Tampoco se ha logrado resolver la incoherencia

⁷⁹ Véase por ejemplo como primer paso en Alemania el *Opferschutzgesetz* (Ley de la Protección a la Víctima) del año 1987. Generalmente, el papel de la víctima en el proceso penal oscila entre testigo y parte procesal, y desde allí las diferentes puntas de partidas para las reformas: la protección de la víctima como testigo (“peligro” de la revictimización durante la obtención de su testimonio) muchas veces entra en conflicto con el derecho humano del imputado y su defensa de interrogar a los testigos (Art. 8 CADH) y el principio de la oralidad. Se ha demostrado que ni la videoconferencia ni el testimonio anticipado cumplen con el principio principal de proceso penal “inmediación,” mientras la acción accesoria, que pone el ofendido al lado del Estado y su interés en la prosecución penal, no puede ser justificada satisfactoriamente. Por ejemplo, el procedimiento de acción privada no es un verdadero procedimiento de partes, Roxin, *Proceso Penal*, p. 526.

⁸⁰ El artículo 77 de la Constitución del Ecuador supone, por ejemplo, “el derecho de la víctima del delito a una justicia pronta, oportuna y sin dilaciones.” Es decir, supone que es el derecho propio de la *víctima* gozar de una justicia pronta como la administración de la justicia penal fuese algo que se realice en favor del ofendido. Además, el artículo 78 de la Constitución del Ecuador estipula como *tratamiento* de la víctima lo siguiente: “Las víctimas de infracciones penales gozarán de protección especial, se les garantizará su no revictimización, particularmente en la obtención y valoración de las pruebas, y se las protegerá de cualquier amenaza u otras formas de intimidación. Se adoptarán mecanismos para una reparación integral que incluirá, sin dilaciones, *el conocimiento de la verdad de los hechos* y la restitución, indemnización, rehabilitación, garantía de no repetición y satisfacción del derecho violado.” Cabe destacar que la Constitución consta como derecho del ofendido *el conocimiento de la verdad de los hechos*, un derecho que se ve, paradójicamente, violado por la aplicación de los procedimientos directos y abreviados como por la conciliación.

subyacente. ¿Con qué justificación, como por ejemplo en los casos de la conciliación, la víctima puede arrogarse asumir el interés público en la prosecución penal, y abandonar la misma tras haber recibido una indemnización? Al nivel de la lógica existe una contradicción en cuanto a los fines de lo particular y lo público, y la limitación a lo particular inhibe – nuevamente – que el derecho penal cumpla con su función. Curiosamente, se puede observar en la práctica de la actuación de la fiscalía precisamente este malentendido en relación al papel del Estado ante la prosecución penal. Se espera de las víctimas “molestar” y “empujar” para que se den los pasos debidos de la investigación. Sin aquella tenacidad de la víctima, no se investiga, como si las actuaciones del Estado no tuvieran como finalidad el bien común “Justicia”. Desde ahí, es decir desde la confusión de lo particular con lo general, nace probablemente la corrupción ya en la etapa de la investigación: De que el valor abstracto del concepto de una justicia penal no siempre es percibido por los operadores de la justicia de la región (la recuperación de una paz alterada por el crimen, por ejemplo). Como no se puede medir los efectos de las actuaciones de un sistema penal, se busca sustento en lo palpable, en la ventaja para la víctima (la indemnización, las disculpas públicas) o supuestamente para la sociedad, la “corrección” y “rehabilitación social” del victimario. Se podría entender el utilitarismo, que se muestra en las exigencias de un sistema penal “efectivo”, y la corrupción, por ende, como dos caras de una medalla. Como concretización de lo necesariamente abstracto, como la intermediación forzada de la imponderabilidad. Y es cierto: el derecho penal abstrae igualmente de la víctima y del victimario. Ambos “valen” en cuanto se puede ejemplificar la validez de la norma mediante su actuación y sufrimiento, pero no son la substancia de un proceso penal.⁸¹

Independientemente de esto, nos interesan – al nivel empírico - los obstáculos reales que inhiben que las víctimas entreguen la información al sistema parcial “justicia penal”. Es decir: ¿Cuáles son las razones para las víctimas de no acudir a la Policía y Fiscalía? Es de suponer que muchas veces será una mezcla entre el

⁸¹ Recordemos a Hegel: “Como ser racional, el delincuente es honrado con la pena.” G.W.F. Hegel, *Filosofía del Derecho*, § 100. Pero, como cabe mencionar, *solamente* como ser racional, es decir, como abstracción, no como persona individualizada. Probablemente todo el problema del “eurocentrismo” descansa aquí, en el concepto de un ser racional, sometido a una razón abstracta, y amo de sus impulsos.

temor de ser revictimizada, la pérdida de recursos (tiempo, dinero), la lentitud de los trámites y – ante todo – la alta probabilidad de la inutilidad de todos aquellos esfuerzos.

Muchos años de graves falencias en la administración de la justicia en la región han generado una ciudadanía escéptica acerca del valor de la ley. En la conclusión de Alberto Binder: “No es irrazonable que un ciudadano común, en especial aquellos más vulnerables, descrean de la ley y la administración de justicia.”⁸²

En el siguiente capítulo analizaremos la experiencia del ofendido de un robo con armas al denunciar este delito ante la Fiscalía con la finalidad de demostrar las deficiencias estructurales en relación a la investigación penal y la participación de la víctima en la misma.

4.1.Caso concreto I: robo armado

Se trata del relato de la participación del ofendido en la investigación previa No. 170101820013130, llevado a cabo por la Fiscalía General del Estado. En la noche del 16 de enero del año 2020, tres sujetos encapuchados entraron al domicilio del ofendido con armas de fuego, una herramienta (supuestamente un destornillador) y cintas, haber destruido anteriormente la chapa de la puerta. Los sujetos amenazaron al ofendido y su esposa con armas de fuego y luego les ataron con la cinta, obligándolos acostarse boca abajo en el piso de la sala de estar. Uno de los sujetos ha golpeado al ofendido en la espalda y la cabeza en varias ocasiones con la herramienta. En consecuencia, el ofendido sufrió lesiones en la espalda y la sien. El niño de cinco años estaba durmiendo durante del asalto. Los sujetos amenazaron a la pareja de matar al niño en el caso de la falta de cooperación. El asalto demoró alrededor de siete minutos. Los sujetos se llevaron dos ordenadores portátiles, un celular, efectivo, joyas, gafas y tarjetas de crédito. El ofendido ha podido ver las características de un vehículo negro esperando en las afueras de la casa. Los ofendidos han escuchado las voces de los sujetos y lograron ver su estatura. Los

⁸² Alberto Binder, op. cit. p. 59.

ofendidos lograron liberarse de las ataduras y llamaron a 911 con un celular que no ha sido robado.

En la cercanía del domicilio del ofendido se encuentra la residencia de la Embajada de la Turquía, establecido con un puesto de la Policía ocupado las 24 horas. El ofendido se acercó a la caseta de la Policía para denunciar el asalto. El policía no ha visto ningún carro negro saliendo de la calle sin salida. El ofendido le solicitó llamar a una patrulla, sin obstante, el policía no sabía dónde se encontraba. El ofendido tenía que revelar la ubicación del lugar.

Al cabo de aproximadamente cinco minutos llegó una patrulla de la Policía. El ofendido le llevó a su casa donde relató el incidente. Los dos policías llamaron a la Policía Judicial, mientras enviaron los nombres y los números de identificación de los ofendidos por mensaje de texto, supuestamente a sus superiores. Los dos agentes de la Policía Judicial decían que no se podía hacer nada debido que los ladrones obviamente han utilizado guantes. No llevaron a cabo un levantamiento de las huellas. Señalaron a las víctimas que deberían presentar la denuncia el día siguiente en las instalaciones de la Fiscalía en la calle Robles.

Tras haber esperado alrededor de una hora, los ofendidos relatan lo ocurrido. La funcionaria recibiendo la denuncia está revisando mensajes de texto obviamente con relación privada mientras tecla. Las personas esperando afuera pueden escuchar todo lo que se habla en el cubículo. Al terminar el relato de los hechos, el ofendido que ha sido golpeado señala que el aspecto de la lesión no ha sido considerado. La funcionaria se molesta y dice “¿Cuántos días de discapacidad quiere?”. El ofendido responde que se trata de la integridad de la denuncia. La funcionaria dice: “Ahora tiene que ir a medicina legal”, sin explicar los próximos pasos.” Haciendo fila nuevamente, el recepcionista manda los ofendidos al noveno piso. Los ofendidos creen que allá se iba a realizar el examen médico. En el noveno piso esperan dos horas más. El ofendido tiene un dolor en la espalda debido a los golpes recibidos y no puede estar sentado. Tras dos horas, otra funcionaria le recibe. Ella se enoja, pues ya habían presentado la denuncia. Aparentemente, ella sólo recibe denuncia por lesiones y el modelo de gestión no permite recibir una denuncia cuando ya se había presentado otra denuncia. Sin embargo, la funcionaria no explica cuál es el motivo de su molestia “porque no tengo tiempo de explicar todo de nuevo”. Ella llama al

repcionista. Los ofendidos reciben un papel que les autoriza someterse al examen legal, sin embargo, nadie les señala dónde se puede realizar este examen. Como ya han transcurrido muchas horas, los ofendidos deciden regresar a casa.

Al cabo de los seis días se acuden a la Fiscalía en la Av. Patria con la finalidad de rendir la versión. Los ofendidos han traído el croquis de la vecindad, con las cámaras marcadas, igual los seriales de los dispositivos extraídos. Frente la oficina espera dos horas de pies. Finalmente, la asistente del Fiscal imprime un correo electrónico impreso y se les entrega. Es la delegación de un agente investigador. Al leer el oficio, la ofendida pregunta al fiscal: “¿Por qué no me pregunta ahora? Estoy aquí presente y dispuesto a relevar lo que acabo de mandar a investigar.” El fiscal – evidentemente molesto, dice: “No, esto tiene que hacer la Policía Judicial.” Luego, el fiscal se dedica a su celular. Su escritorio está vacío. En el marco de las dos horas, el ofendido no ha visto que el fiscal haya desempeñado una actividad relacionada su trabajo. Finalmente, la asistente pide al ofendido entregar el oficio personalmente a la Policía Judicial para que allá se les asignen un agente investigador. El día siguiente, los ofendidos entregan el oficio en las instalaciones de la Policía Judicial y reciben el número y el nombre del (futuro) agente investigador. Al cabo de dos semanas, el ofendido llama al agente. Él dice que todavía no podía recibir la versión porque no había recibido el documento. “¿Cuál documento?” - “La autorización para llevar a cabo la investigación”, responde el agente – “Este documento hemos entregado personalmente hace dos semanas a la Policía Judicial” – “Sí, pero todavía el mensajero no me lo ha entregado a mí.”

Después de todo, los ofendidos pueden rendir su versión casi cinco semanas después del asalto. En este momento, la ofendida entrega las grabaciones obtenidas por una fábrica en la vecindad en las cuales se puede ver - desde dos ángulos - el vehículo utilizado en el asalto y con la hora exacta de la entrada y la salida de aquel vehículo en y de la calle sin salida. Esta grabación fue obtenida al cabo de pocos días después del asalto. Sin embargo, antes era imposible entregar la CD con la grabación a la Policía o Fiscalía.

El agente de la policía judicial dice que iba a hacer un reconocimiento del lugar e iba a levantar las grabaciones de las cámaras en la vecindad. “Luego toca insistir en la Fiscalía. Las grabaciones las voy a mandar a criminalística.” Desde entonces,

los ofendidos no han recibido ninguna información sobre el resultado de la investigación. Es de suponer que el caso ha sido archivado sin investigaciones adicionales.

4.2.Caso concreto II: violación

La víctima, de 24 años de edad, paseaba con un amigo en su vehículo bebiendo, en horas de la tarde, entre las 15:00 y 16 horas. Luego, aproximadamente a las 18h00, subieron más personas al carro. La víctima despierta a la tres de la madrugada en un lugar desconocido y con el cierre de su pantalón abajo. Ella nota varias personas durmiendo en el mismo cuarto. Se viste y sale del lugar. Tras haber salido, trata de llamar por su teléfono el cual se encuentra bloqueado. Se trata de un “iPhone”, y de acuerdo con la configuración de seguridad, se bloquea por una hora tras varios ingresos de claves incorrectas⁸³.

Por ende, la víctima tiene que esperar una hora antes de realizar una llamada. Mientras tanto, espera en una cancha de fútbol. Todavía no sabe dónde se encuentra. Tras una hora logra pedir un taxi para ir a casa. Allí llama a la policía (ECU-911) y pide la revisión de la casa del supuesto hecho. Los agentes de la policía contestan que no pueden ir a la casa porque ya no es flagrancia. Posteriormente, en horas de la mañana, la víctima acude a la Fiscalía en la Av. Patria, ciudad de Quito, para denunciar el delito. La Fiscal de turno se encontraba en una diligencia judicial, pero la víctima insistió en la realización del examen médico legal. El acta de posesión del médico legal se firmó tiempo después¹ y la víctima se sometió al examen legal. Luego, logró recibir el tratamiento “pos-exposición” en la maternidad. En medicina legal, se le indicó que regresara el día siguiente, a las 11h00, para presentar la denuncia. En el estado, en que se encontraba la víctima y al ver que no hubo una repuesta inmediata, decidió no seguir exponiéndose. Por ende, ella no presentó la denuncia.

A pesar de haber dejado su número de contacto, en ningún momento, un(a) Fiscal se ha puesto en contacto con la víctima.

⁸³Es decir, una persona desconocida ha intentado desbloquear el teléfono de la víctima mientras estaba durmiendo / sin consciencia.

Observación: Jurídicamente la respuesta de los agentes de la policía es dudosa en cuanto a la calidad de la flagrancia en el sentido del 527 inciso 2 COIP según lo cual no se puede alegar persecución ininterrumpida si han transcurrido más de veinticuatro horas entre comisión y aprehensión. En estas circunstancias una intervención inmediata hubiese sido justificada por el COIP. El cierre de la lógica de flagrancia por la negativa de la policía de reaccionar ante la llamada de la víctima y la dilatación del proceso resultaba en la impunidad del delito. Según las palabras de la abogada que acompañó a la víctima en sus primeros pasos ante la Fiscalía, la ofendida no quiso presentar la denuncia el día siguiente porque: “De lo que pude percibir en ese momento, era una mezcla de varios elementos, al ver que no recibieron su denuncia en esos momentos y que le llamaron para el siguiente día, sentí que, en medio de todo lo que le estaba pasando, no quería tener que estar yendo una y otra vez a contar y volver a recordar lo que le sucedió, sentí en ella miedo y también un sentimiento fuerte de rechazo.”

5. Observaciones de audiencias de flagrancia y del procedimiento directo

Entre el 23 de Julio de 2019 y el 2 de septiembre de 2019 hemos observado 80 denominadas “audiencias de flagrancia” y “audiencias del procedimiento directo” celebradas en la Unidad de Flagrancia en la ciudad de Quito (Avenida Patria). Aquellas audiencias son públicas. Entramos a las salas antes de la instalación y permanecemos en ellas después del cierre de las audiencias para poder observar las actuaciones de los operadores de la justicia y su interacción con los testigos profesionales (agentes de la Policía). Aunque no nos hemos identificado anteriormente ante los fiscales y jueces, es de suponer que – al cabo de un par de semanas - ellos se habrían enterado de la finalidad de nuestra presencia en las salas.

Los protocolos de las observaciones de dichas audiencias reposan en el archivo de la Secretaría de Derechos Humanos y son, parcialmente, escritos en alemán.

5.1.Tabla I: Las audiencias observadas

Tabla 6: tipo de procedimiento y forma de terminación en audiencias observadas

Tipo de Procedimiento	Tipo de terminación
Directo	Otros
Directo	Otros
Audiencia de Flagrancia	No Calificaciion de Flagrancia
Audiencia de Flagrancia	No Calificaciion de Flagrancia
Directo	Conciliacion
Directo	Otros
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Directo	
Directo	Otros
Directo	Conciliacion
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Directo	Otros
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Directo	Conciliacion
Directo	Otros
Directo	Conciliacion
Directo	Conciliacion
Directo	Otros
Directo	Conciliacion
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Directo	Sentencia Condenatoria - Directo
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Directo	Ratificacion de inocencia
Directo	Sentencia Condenatoria - Directo
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Directo	Conciliacion
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Directo	Ratificacion de inocencia
Directo	Conciliacion
Directo	Ratificacion de inocencia
Directo	Sentencia Condenatoria - Directo
Directo	Otros
Directo	Otros
Audiencia de Flagrancia	No Calificaciion de Flagrancia
Directo	Conciliacion
Directo	Ratificacion de inocencia
Directo	Otros
Directo	Conciliacion
Audiencia de Flagrancia	No Calificaciion de Flagrancia
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Directo	Conciliacion
Directo	Ratificacion de inocencia
Directo	
Directo	Conciliacion
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia
Directo	Conciliacion
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Abreviado	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Directo	
Directo	Sentencia Condenatoria - Abreviado
Abreviado	Sentencia Condenatoria-Abreviado
Audiencia de Flagrancia	No Calificaciion de Flagrancia
Abreviado	Sentencia Condenatoria-Abreviado
Directo	
Directo	
Audiencia de Flagrancia	Calificacion de Flagrancia

Fuente: Consejo de la Judicatura
Elaborado por: Stefan Krauth

5.2. Interpretación Tabla I

De las 80 audiencias observadas en la “Unidad de Flagrancia”, Avenida Patria en la ciudad de Quito, 39 audiencias eran audiencias del procedimiento directo los cuales se realizan igualmente en las salas de la “Unidad de Flagrancia” y que resultaron en una sentencia o un acuerdo de la conciliación, mientras 23 audiencias eran denominadas audiencias de “calificación de las flagrancias”. La diferencia de 18 casos se debe a audiencias fallidas (diferidas, en la mayoría procedimientos directos por posición de drogas en los cuales no se ha podido obtener el peritaje para el llamado examen psicossomático).

Los resultados de los procedimientos directos se presentan de la siguiente manera:

- 17 condenaciones = 43,59 % (3 condenaciones en el marco del procedimiento “directo-ordinario” - 14 como directo-abreviado, es decir el 82,35 % de las condenaciones se han realizado en el marco del procedimiento abreviado).

- 6 ratificación de inocencia = 15,38 %

- 16 conciliaciones = 41,03 %

En otras palabras, en 30 procesos (procedimiento abreviado y conciliación), no se ha realizado una aclaración de los hechos – y por ende carecen de una aclaración de la responsabilidad penal del imputado – lo que presenta el 76,92 % de los procesos realizados en el marco del procedimiento directo.

En cuanto a las audiencias de flagrancia, los hallazgos se presentan en la siguiente manera:

De 23 audiencias realizadas, 17 resultaron con la denominada calificación de flagrancia (73,91 %), mientras 26,08 % resultaron con la no calificación de flagrancia (6 casos).

Estos datos no son representativos.

En las siguientes paginas daremos un resumen de las audiencias observadas.

5.3. Audiencias observadas

1. 23 de julio de 2019, art. 220 núm. 1 COIP (mínima escala), procedimiento directo

Antes de la instalación de la audiencia, defensor y fiscal hablan entre ellos y luego se acercan al juez. Es de parecer que los ellos han llegado a un acuerdo. Aparecen un sinnúmero de testigos que tienen que esperar a fuera en el pasillo mientras la puerta de la sala queda abierta. Consecuentemente, se puede escuchar lo que se habla dentro de la sala desde a fuera. El fiscal está leyendo por alrededor de 30 minutos del expediente en voz baja y rápidamente. Finalizando su intervención, el Fiscal declara su abstención debido a que Fiscalía no puede demostrar el tráfico de drogas (no se ha podido observar “cruce de manos”). Esta actuación descansa en la sentencia de la Corte Constitucional del 2 de abril 2019 (7-17-CN/19) según la cual Fiscalía debe demostrar la comercialización de la droga. La mera posesión no basta para una condenación según el Art. 220 COIP, Art. 364 Constitución de la República.

A pesar de la abstención del fiscal, se entrega la palabra al defensor. La audiencia termina con la “ratificación de la inocencia” por parte del juez, además se levanta la prisión preventiva. A pesar de esta decisión, a la persona procesada se le ponen nuevamente esposas porque todavía tiene que atravesar un trámite en la zona del aseguramiento transitorio antes de ser liberada. Esto se demora entre una hasta tres horas y se debe al modelo de la gestión del SNAI que debería ser inconstitucional pues a partir del momento del levantamiento de la prisión preventiva no existe base legal para la privación de la libertad.

Observación: el procedimiento observado fue altamente formal. El estilo de hablar (rápido, bajo) nos recordó a una función de teatro. Hemos observado una gran distancia entre imputado y defensa: ella ni siquiera saludó a su defendido al inicio de la audiencia. Parecía que existiera una estrecha familiaridad de los operadores de la justicia mientras el imputado quedaba excluido del proceso, hasta cosificado.

Jurídicamente no existía la necesidad de llevar a cabo esta audiencia, véase también al art. 600 inc. 2 COIP para el procedimiento ordinario: El dictamen

abstentivo se puede dar por escrito. En el presente caso ya era dudoso formular cargos en la audiencia de flagrancia, y aún más solicitar y dictar prisión preventiva. Por lo menos, la defensa debía haber apelado la decisión dictando prisión preventiva por la falta evidente de un elemento de convicción (“cruce de manos”, “comercialización”). Ni la prisión preventiva ni la audiencia eran necesarias para llegar a la terminación del proceso. En vez de facilitar una reacción rápida y flexible frente a delitos calificados como flagrantes, el procedimiento directo en cuestión resulta siendo rígido, hasta una pérdida de recursos (realización de audiencias innecesarias, prisión preventiva). Esto vale aún más como no había una problemática jurídica a resolver o aclarar en audiencia. Se puede plantear la pregunta si la realización de audiencias en casos de la abstención según artículo 600 inciso 2 COIP sirve para que estas audiencias reflejen como casos (y audiencias) resueltos en las respectivas estadísticas de Defensoría Pública, Fiscalía y Consejo de la Judicatura. En el marco de una entrevista de expertos con una Fiscal, ella respondió, ante la pregunta, porque en estos casos se realizan audiencias: “Por inexperiencia, miedos de represalias. Miedo a los sumarios, ignorancia, temas personales.”

Finalmente cabe mencionar que en los casos en la cuales la aprehensión inicial que detonó la lógica de la flagrancia (prisión preventiva, dos audiencias: audiencia de “flagrancia”, procedimiento directo) ni siquiera hubiese sido necesario ante la jurisprudencia de la Corte Constitucional, la discrecionalidad de la Policía debería abarcar la ausencia de una intervención cuando no existen elementos de una comisión de un delito en el sentido del artículo 527 COIP (“persona que comete el delito”). Por lo menos, los jueces deberían rechazar la calificación de la legalidad de la aprehensión en estos casos de una manera más robusta (véase artículo 529 COIP) para evitar que se despilfarre los pocos recursos del Estado. Ante esto, se debería revisar los protocolos de la Policía en cuanto a los incentivos para las aprehensiones relacionadas con drogas, es decir, para los fines de una justicia flexible e inmediata, sería contraproducente obligar al sistema de la justicia aplicar la “lógica de flagrancia” en casos que evidentemente gozan del amparo del artículo

364 de la Constitución de la República del Ecuador.⁸⁴

2. 24 de julio 2019, Caso 17282-2019-01244, Art. 220 COIP

Este proceso es casi igual al primer caso del día anterior. Fiscalía se abstiene en la audiencia del procedimiento directo porque no ha podido demostrar la comercialización de la droga (se trata de 2,67 gramos de cocaína). El imputado ha sido detenido – según los agentes de la Policía - por “actuación nerviosa y sospechosa” el 12 de abril del año 2019⁸⁵. En el mismo día, se ha dictado prisión preventiva en el marco de la audiencia de flagrancia. Aunque el procedimiento directo se debería realizar “en el plazo máximo de diez días” (Art. 640 núm. 4 COIP), en el caso presente se demoraba **más que tres meses** – durante los cuales el imputado estaba en prisión preventiva. Según la Defensora Pública que patrocinó el proceso, eso es normal pues faltan peritos para realizar el denominado “examen sicosomático” que, a su vez, determina si la persona aprehendida es “consumidor” en el sentido del Art. 364 de la Constitución de la República. Según ella, en la práctica, la mayoría de los procedimientos directos se diferencian porque Fiscalía no logra realizar las diligencias dentro de los diez días. En el caso de procedimientos directos por drogas, la costumbre (no el COIP) prescribe la realización del dicho examen sicosomático como prueba para la calidad de la persona procesada como “adicta” en el sentido del artículo 364 CRE - razón por el diferimiento de un sinnúmero de audiencias.

El presente proceso termina igualmente con la “ratificación de inocencia” (es decir: sobreseimiento según artículo 605 numeral 1 del COIP) del imputado, y igualmente no hemos visto la necesidad de realizar la audiencia. Se puede ahorrar recursos públicos y proteger los Derechos del imputado de la misma manera enviando el dictamen abstentivo inmediatamente cuando queda claro que no existirán pruebas demostrando la comercialización de la droga. La aclaración del estado del imputado como “adicto” en el sentido del Art. 364 de la Constitución de

⁸⁴El artículo 364 CRE estipula: “Las adicciones son un problema de salud pública. (...). En ningún caso se permitirá su criminalización ni se vulnerarán sus derechos constitucionales.”

⁸⁵Esta formulación estandarizada se escucha a menudo por parte de los agentes de la Policía.

la República se puede obtener a través de un interrogatorio del imputado durante de la (primera) audiencia. Para este fin, no es necesario el empleo de un perito. Ante el peso neto de la droga (2,67 gramos de cocaína), la realización de dos audiencias, el peritaje (examen psicosomático) y sobre todo la prisión preventiva desde el 12 de abril hasta el 24 de julio del año 2019 parecen grotescamente desmesurados. Nuevamente, un instrumento procesal (procedimiento directo) que ha sido diseñado para dar una respuesta rápida ante un delito calificado como flagrante⁸⁶, se vuelve rígido y resulta en un formalismo vacío: Se pierde recursos públicos y se viola los Derechos del imputado al mismo tiempo sin ganar celeridad. Otra vez se puede observar el “temor a la litigación” de los operadores de la justicia: no se litiga, más bien se tramita. En el sistema “eSatje” del Consejo de la Judicatura, este proceso evitable abarca 28 páginas.

3. Caso 17282-2019-0226 (Falsificación y uso de documento falso, Art. 328 COIP)

En esta audiencia de Flagrancia, el fiscal alega que no haya sido un “delito flagrante”, pues el imputado no ha falsificado el documento “en flagrante”, sino solamente lo utilizó en el control de la Policía. Por eso se abre el camino por la investigación previa, lo cual es dudoso, porque el *uso* del documento falso sí cumple con los requisitos del Art. 527 COIP. Según la Defensora Pública, la estrategia de la Fiscalía consiste a veces en no solicitar la calificación del delito como flagrante en el sentido del Art. 527 COIP para obtener más tiempo para la investigación.

4. Caso 17284-2019-02269 (Falsificación y uso de documento falso, Art. 328 COIP) 25 de julio 2019

La audiencia se debería instalar a las 10 horas y diez minutos. Juez, fiscal y defensor ya se encuentran en la sala a las 9:40 a.m., tocan la guitarra y cantan juntos.

⁸⁶Según la Defensora Pública que estaba patrocinando el caso, el procedimiento directo tiene su justificación siempre y cuando se puede levantar todas pruebas ya en la escena del crimen. Sin embargo, en delitos como el presente, no solamente el – innecesario – recurso al peritaje desbarata la finalidad del procedimiento directo. Más bien, el énfasis en la celeridad obstaculiza la investigación penal, pues todo lo que no se puede acoger en el primer momento, se queda excluido, pierde valor para la investigación penal que se reduce al final a lo inmediato. Esta crítica retomaremos más adelante.

Se hablan sobre sus últimas vacaciones. En materia se trata de la supuesta falsificación de un sello en un pasaporte lo que es evidentemente no una “situación en flagrancia” en el sentido del Art. 529 COIP. Por ende, Fiscalía no solicita la calificación de flagrancia, supuestamente por los motivos mencionados arriba (para obtener más tiempo para la investigación). Sin embargo, el juez declara la legalidad de la detención.

5. Caso 17284-2019-02270, audiencia de flagrancia. Art. 204 COIP (daño a bien ajeno)

A las 10:22 horas, el juez recibe la petición de Audiencia de Formulación de Cargos. A las 10:31 horas, el juez determina la audiencia para las 10:45 horas. Él se queda sentada en la sala. Ante esto cabe la duda si el acusado cuenta con el tiempo para preparar su defensa.

Los 20 minutos ante de la instalación de la audiencia, tres gentes de la Policía, el fiscal y el defensor hablen entre ellos, lo que parece trueque, mientras tanto el acusado se queda en su asiento, excluido de los acontecimientos. A continuación, defensor y fiscal hablan con el juez. Por lo visto, uno de los policías es abogado. Se le sirven una silla al lado del fiscal. El fiscal se limita en la presentación de los hechos y avisa que existe un acuerdo de conciliación. El monto (1.200,00 US-\$) es entregado directamente en efectivo por los padres del acusado de lo cual se puede desprender que las partes han llegado a un acuerdo anteriormente. El juez no trata de cuestionar el relato de los hechos, aunque él solamente descansa en el parte policial. No hay interrogación del acusado, ni una pregunta hacia él. Mientras habla sobre el monto de la reparación, el fiscal mira hacia los dos policías como si fuera representante de ellos. Revisando la audiencia en el eSatje, no dimos cuenta que solo constan los resultados, sin aclaración de los hechos. Por ende, el público no puede ejercer un control sobre el juicio.

6. Caso, 17282-2019-02327 calificación de flagrancia, robo, Art. 189 inc. 2 COIP. 30.7.2019

Antes de la instalación de la audiencia, la defensora habla con el actor accesorio, una abogada del Ministerio de Educación que es propietaria del ordenador extraviado, y la fiscal. La defensora pública señala que el acusado le había confesado el hecho – lo que en la mayoría de las legislaciones penales es un delito. Sin embargo, más adelante le aconsejará a su defendido acogerse al silencio.

Una vez instalada la audiencia y sin discusión jurídica, se concluye la legalidad de la aprehensión y se califica la flagrancia (a través de haber leído en voz alta el parte policial). La fiscal y la representante del Ministerio de la Educación piden que se dicte prisión preventiva. De manera superficial y esquemáticamente se repiten los requisitos del Art. 543 COIP. Para sostener los elementos de convicción, se limitan – ya la tercera vez en el transcurso de esta audiencia – a leer el parte policial. Luego, se señala que la prisión preventiva sería el ultimo ratio. No se explica porque existiera un riesgo de que el acusado no comparezca en la audiencia. La policía no ha investigado si el acusado en verdad reside donde señaló que residiera. La defensa llama al hermano del acusado para comprobar su dirección, pero esta llamada y la repuesta por parte del hermano del acusado no está admitida como prueba del “arraigo social”. De hecho, se realiza una inversión de la carga probatoria. A continuación, se justifica la prisión preventiva con la falta de “arraigos sociales”, un requisito sin fundamento en el COIP. Antes de dictar la prisión preventiva, el juez lee – por cuarta vez en esta audiencia – todo el parte policial. Igualmente cita la Constitución y protocolos de las Naciones Unidas, sin embargo, no explica porque en el caso concreto era necesaria la prisión preventiva. Durante el transcurso de la audiencia, nadie pregunta al acusado. Parece que no existiera.

Audiencia procedimiento abreviado en la misma causa, 26.8.2019

En esta causa, la se llega a una condenación a través de un procedimiento abreviado alrededor de cuatro semanas después de la primera audiencia. El manejo del dicho procedimiento en el presente caso es sumamente interesante, porque demuestra la limitación inherente y sus deficiencias en relación a la diferenciación del fenómeno vital. Durante la primera audiencia, se hablaba del incremento de la pena según el inciso 5 del artículo 189 COIP ante el hecho que el ordenador era

bien público. (Los hechos imputados señalan que el acusado entró a un centro educativo). Lo que – lógicamente - no se puede desprender del parte policial es si el acusado tenía conocimiento de que el centro educativo era del Ministerio de Educación y por ende los objetos del robo bienes comunes en el sentido de la norma mencionada. Como el dolo tiene abarcar – en su momento cognitivo – el acusado debería haber tenido conocimiento de los hechos en los cuales se basa el agravante del tipo penal (aquí: Art. 189 inciso 5 COIP). En caso contrario, el juzgador debe excluir la calificación del robo según artículo 189 inciso 5 COIP por falta de dolo. Ante esto, la práctica de preguntar si los hechos imputados son aceptados por el acusado, no acierta en la problemática jurídica subyacente: el conocimiento del fenomenal vital (las circunstancias de hecho) que precisamente se requiere para afirmar el agravante. La aceptación de los hechos imputados no deja espacio para la diferenciación de dolo. Como la práctica del procedimiento abreviado cosifica al imputado, no le dejar entrar en la comunicación sobre los hechos.

Curiosamente, en el marco de la audiencia del procedimiento abreviado que se realiza el 28 de agosto de 2019, nadie menciona el agravante. El imputado acepto los hechos y es condenado a una pena de 13 meses en el marco del procedimiento abreviado.

La fiscal es muy mal preparada. En varias ocasiones, la representante de la acusación particular tiene que interrumpir y corregirla. Esta vez, la jueza le pregunta al imputado esmeradamente si había entendido el alcance del procedimiento abreviado: „Si usted es inocente, no hay porque aceptar los hechos de que se le acusa.”

7. caso, procedimiento directo: tráfico de drogas, 20.8.2019, 8:30 horas.

Los policías (y supuestamente los testigos) están esperando en la sala. Ellos portan sus armas visiblemente. Nosotros podemos observar que están leyendo fotografías del expediente en sus celulares. La fiscal se acerca y les pregunta si tenían los expedientes y ellos dicen que sí. La fiscal insiste en que deberían conocer los detalles como nombres completos, lugar de aprehensión, cantidad de la droga (bruto y neto). La defensora pública escucha todo esto, pero no interviene. El juez

dice, sin haber recibido una solicitud correspondiente, que se procederá en procedimiento abreviado. Se pone fin a la comparecencia de los testigos, lo que implica una carga adicional sobre el acusado. Al salir, uno de los policías toma una fotografía del acusado que es transexual y de los demás presentes en la sala. El juez lo observa sin intervenir. No hasta que nosotros pongamos una objeción, la fiscal exhorta al alguacil buscar al policía para que borrara las fotografías, sin embargo, él ya ha “escapado”.

El juez analiza los requisitos del procedimiento abreviado lo que es dudable, porque parece que el *deal* era idea de la Defensora Pública. A continuación, el juez pregunta al acusado si su consentimiento es libre y voluntario. El acusado dice que sí. Luego, el juez pregunta al acusado si aceptaba los hechos imputados. Hasta este momento, nadie ha hablado de los hechos. Ellos no han sido objetos del juicio público, y, por ende, ni el acusado ni el público pueden tener conocimientos de los hechos. Sin embargo, el acusado dice, nuevamente, “Sí”, aunque todavía no se sabe de cuales hechos se habla.

La Defensora Pública afirma que el consentimiento era voluntariamente y libre. El juez acepta el acuerdo y luego la fiscal empieza a leer en voz alta el parte policial. Al motivar la sentencia condenatoria, el juez lee el mismo parte policial. Al observar su expresión, nos pudimos dar cuenta que el acusado probablemente no ha entendido lo que acabo de ocurrir. Ya en el pasillo, la Defensora Pública explica a su defendido que él ha sido condenado a un año de cárcel. No hasta que un amigo del acusado es consultado, él entiende que será privado de su libertad.

8. Caso, 17282-2019-02296, procedimiento directo: Art. 189 inciso 2 COIP (robo)

Antes de la instalación de la audiencia, defensor y fiscal llegan a la conclusión que se debería diferir la misma, porque todavía falta el peritaje necesario. El observador tiene la impresión que no se necesitaría al juez. En esta causa y en otros observadas, los juicios se realizan a raíz de un acuerdo conseguido anteriormente, es decir, fuera de las audiencias. La audiencia en sí misma no trae “sorpresas” para las partes.

9. Caso No. 17282-2019-01933, procedimiento directo, 7.8.2019

El fiscal pregunta a la supuesta víctima, que se encuentra en la sala, si iba a aceptar un acuerdo de conciliación, lo que niega. Ante esto, la defensora empieza a explicar al imputado el procedimiento abreviado. También comparecieron la madre y la novia del imputado. Él es albañil, y a pesar de su trabajo estable se la ha dictado prisión preventiva.

A continuación, la Defensora Pública solicita el procedimiento abreviado. Esquemáticamente, se corre por los requisitos. La jueza pregunta: “¿Acepta usted los hechos?, y “¿Es libre y voluntario su consentimiento?” A raíz de la afirmación por parte del imputado, la jueza acepta el acuerdo y el fiscal empieza a leer el parte policial. Sumamente interesante nos parece que la jueza, aunque expone que no pudiera aceptar al acuerdo sin haber revisado los hechos, se limita en *repetir* lo que el fiscal ya había leído en voz alta, es decir el parte policial. A continuación, declara que lo expuesto era suficiente para la culpabilidad. No se escucha a los testigos que se han presentado de todos modos y por ende hubiese sido fácilmente posible entrar en la práctica de la prueba. No obstante, se puede interpretar los artículos 640 inciso 2, 637 inciso 4 COIP que se puede presentar la solicitud del procedimiento abreviado hasta “en la preparatoria de juicio”, y por ende, antes de la práctica de la prueba. En consecuencia, el parte policial se vuelve en “prueba” única.

10. Caso, No. 17282-2019-01155, procedimiento directo: Art. 220 COIP

La fiscal pregunta a los testigos (policías) si estaban “preparados”. Ellos dicen que sí habían recibidos los expedientes. Uno de los testigos quiere ver otra vez el expediente, lo que concede la fiscal y le deja tomar fotografías del mismo. La jueza observa todo esto y no interviene. En total, comparecieron ocho testigos, de los cuales *dos* son agentes de la policía. La fiscal solicita escuchar solamente estos dos testigos que han aprehendido a la imputada el día 3 de abril de 2019. La audiencia del procedimiento directo se lleva a cabo el 7 de agosto de 2019, es decir más que cuatro meses después de la aprehensión, aunque el COIP estipula que la audiencia

se realice en el plazo de máximo diez días.

A los testigos se pregunta solamente detalles como el nombre de la imputado, el peso exacto de la cocaína (bruto, neto), hora y lugar exacto de la detención. Si las repuestas son “correctas”, la fiscal alaba al testigo, en caso contrario, le reprende. Durante la realización del interrogatorio, envía mensajes de WhatsApp, supuestamente al testigo esperando a fuera.

La jueza le condena a la imputada a una pena de 24 meses de privación de libertad por posesión y tenencia de un peso neto de cocaína de 4 gramos, aunque los testigos no han podido observar el “cruzo de mano”. La aprehensión y el registro de la jaqueta de la imputada ha sido justificados por el “comportamiento inusual.” La subsunción por parte de la jueza se limita en el resumen del parte policial. Al final de su razonamiento indica que la sentencia era “debidamente motivada”.

La acusada tiene 24 años, dos hijos y no tiene antecedentes penales. La defensora pública no ha solicitado pruebas, particularmente no ha solicitado realizar el peritaje (“examen sicosomático”) para aclarar la calidad de su defendida como “consumidora” en el sentido del artículo 364 CRE. Por esta razón, según la jueza, la mera posesión y tenencia es suficiente para la condenación, a pesar de que los testigos no han observado el “cruce de manos”, es decir, a pesar de que no existen indicios para una intención de la comercialización de la cocaína. En ningún momento de la audiencia, los operadores de la justicia han preguntado a la imputada sobre su consumo, un hecho que hubiese sido fácilmente al alcance del juicio. Según la jueza, la sentencia de la Corte Constitucional solamente beneficia a personas que han sido calificadas como adictas, debidamente comprobada mediante el denominado examen “sicosomático”. Revisando la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador del 2 de abril del 2019 - Caso No. 7-17-CN – se da que esto no es cierto. Al contrario, dicha sentencia dice literalmente:

“Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, tenga la intención de traficar en lugar de consumir.”

Y, además:

“La presunción de inocencia no se desvanece por el sólo hecho de superar la cantidad máxima admisible establecida en la Resolución del CONSEP. Por lo tanto, en todos los casos se deberá probar la intención de traficar.”

En ningún momento, la dicha sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador habla de la obligación del imputado comprobar su calidad como consumidor en el sentido del artículo 364 CRE a través de un examen sicossomático. Más bien, como el imputado es presente en la audiencia, su testimonio puede ser utilizado para la obtención de la prueba necesario para determinar si él es consumidor en el sentido de la CRE. En la práctica, la sentencia No. 7-17-CN *sufre una inversión de su sentido*.

En las afueras de la Unidad de Flagrancia, ya en la calle, la defensora apresuradamente revela a su defendida, que acabo de haber sido condenada a una pena privativa de libertad de 24 meses y sale corriendo, ostentativamente molesta por las preguntas adicionales de la recién condenada.

11. Caso, 17282-2019-0, Calificación de Flagrancia, Art. 220 COIP

Se detiene a una pareja. En la vestimenta de la mujer, la Policía encuentra drogas. Sin embargo, se declara la legalidad de la detención. En el pasillo, una fiscal no involucrada en el caso pregunta al fiscal encargado del caso, por qué se había detenido a la otra persona (lo sin portar drogas). El fiscal carece de una respuesta. Contra la mujer, no se dicta prisión preventiva por “falta de un delito flagrante.” Contra el hombre, la fiscalía formula cargos por el delito tipificado en el Art. 220 COIP y pide prisión preventiva. Es evidente que la persona tiene un uso problemático de drogas. Los agentes de la policía no han podido observar el denominado cruce de manos, lo que indica la comercialización. Tampoco se han encontrado mondas o billetes. Ante la sentencia de la Corte Constitucional ya la detención y, aún más, la formulación de cargos y la prisión preventiva parecen un

abuso. A nuestro criterio, fiscalía formula cargos y solicita prisión preventiva por costumbre y aunque la ratificación de la inocencia es más probable que una condenación. Nuevamente, este caso muestra la falta de control del uso de las medidas coercitivas por parte del Estado en el proceso penal. Cuando el juicio, en lo cual se había dictado anteriormente prisión preventiva, no resulta en una condenación, la persona procesada debería recibir una indemnización por el daño inmaterial sufrida (es decir, por la privación de la libertad). Es un déficit de la legislación de los países de la región y de la Convención Americana de Derechos Humanos que limita el derecho a la indemnización al caso de haber sido condenado en sentencia firme por error judicial (Artículo 10 CADH). Véase, al contrario, el Convenio Europeo sobre los Derechos Humanos, artículo 41, satisfacción equitativa:

“Si el Tribunal declara **que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos** y si el derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa.”

Es decir, la indemnización (la satisfacción equitativa) no se limita al error judicial de una sentencia firme, sino incluye una violación del convenio **por cualquier acto**, por ejemplo, por las condiciones de la privación de la libertad (falta de higiene, privacidad etcétera). Cabe mencionar el derecho interno que – por ejemplo, en Alemania – estipula una indemnización por prisión preventiva independientemente de un error judicial al dictar la prisión preventiva, véase el “Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen (StrEG)” del año 1971, artículo 2, numeral 1.

12. Caso No. 17282-2019-01186, procedimiento directo: Art. 220 COIP

Se trata de la posesión de 23,5 gramos de marihuana. El acusado es blanco y pertenece aparentemente a la clase alta. Él tiene título universitario, estudios en el

exterior y un trabajo firme. En el expediente descansa el test “multidrogas”, según lo cual al acusado ha consumido marihuana anteriormente a su detención. El fiscal no introduce este test y el examen psicosomático. El defensor no introduce el test y el examen psicosomático directamente al juicio (sea por haber solicitado la interrogación de la perita o prueba documental), sino hace referencia al examen oralmente:

“en el primer examen que le hacen, el test multidroga él en su organismo tenía marihuana y en el examen psicosomático que se realizó se establece que mi cliente es consumidor, en ningún momento es expedidor, es consumidor, no vende...”

Los policías no han observado el cruce de mano. En su interrogatorio, es decir en la prueba personal “testimonio de la persona procesada”, el acusado ha admitido que está consumiendo marihuana hace 8 años, que trataba de rehabilitarse y que no tenía la intención de vender la droga. Sin embargo, la jueza le condena a una pena de 24 meses de privación de libertad. En la audiencia realizada el día 8 de agosto, ella motivó la sentencia condenatoria con la falta de pruebas sobre la calidad como consumidor del acusado en el sentido de la CRE. Como el documento (el examen psicosomático), no ha sido entregado “debidamente”, la defensa – según la jueza – no ha logrado demostrar que su defendido era consumidor. Por ende, no puede gozar de lo estipulado por la CRE.

Si bien en el expediente consta el denominado “examen psicosomático” según lo cual el acusado es consumidor en el sentido del Art. 364 CRE, y el acusado se ha ofrecido como prueba personal a través de su testimonio, esta información ha sido *intencionalmente* omitida por la jueza. Cabe añadir que el acusado ha sido detenido el 5 de abril y el procedimiento directo inicialmente era señalado para el 8 de mayo del 2019, pero, como el examen psicosomático no se llevó a cabo a tiempo, la audiencia inicial ha sido aplazada para el día 8 de agosto. Es decir, por la *elaboración* del examen psicosomático, el juicio se demoró tres meses más que inicialmente planeado, pero ni el resultado del mismo se ha utilizado en la sentencia,

ni el testimonio del imputado. En aquel momento, la sentencia No. 7-17-CN de la Corte Constitucional del Ecuador ya había sido publicada. Sin embargo, la jueza desacata no solamente este fallo constitucional, sino también los preceptos del COIP sobre la práctica de la prueba, en concreto, la prueba personal: Como la fiscalía no ha podido refutar la manifestación del imputado, aquella se ha vuelto en verdad procesal, artículo 5.13 COIP.⁸⁷ A pesar de que la fiscalía no logró comprobar el intento de la comercialización, le condena por *tenencia* al imputado porque, según la jueza, la defensa no había entregado la “única prueba” para la calidad como consumidor, es decir, el examen psicossomático.

Esta audiencia demuestra claramente no solamente la sobrevivencia de la cultura del trámite, de lo escrito, del formalismo sin sentido en el juicio supuestamente oral y contradictorio, sino la falta de destrezas por parte de la operadora de la justicia en cuanto a la práctica y valoración de la prueba personal “testimonio”. Nuevamente, la justicia ha demostrado de desabrimiento ante la oralidad, cortando el flujo de información. Curiosamente, en la decisión sobre la suspensión condicional de la pena, la jueza ordena al condenado textualmente: “Continuar con el tratamiento médico, para tratar su problema de adicción.”

13. caso, No. 17282-2019-02017, procedimiento directo: Art. 360 COIP (tenencia y porte de armas)

Antes de la instalación de la audiencia, fiscal y defensor se acercan a la jueza y indican que habían llegado a un acuerdo sobre el procedimiento abreviado. Luego,

⁸⁷Cabe mencionar que existe una discrepancia notable entre la motivación oral dada en audiencia y la motivación “escrita” en el documento que descansa en el eStaje (el protocolo). En el último, la jueza desacata la sentencia de la Corte Constitucional aún más obviamente: “Por tanto si la persona consumidora exige que el Estado la proteja por su calidad de persona fármaco dependiente, pues bien como tenga en su poder la cantidad determinada en la norma para su consumo y ni un miligramo más, porque caso contrario transgrede la ley, por tanto la persona procesada además debía obrar conforme a la ley y en respeto al derecho a la salud propia y de la sociedad, lo cual no lo realizó, lo que determina el reproche social de su conducta; por lo que se declara probada la categoría dogmática de la culpabilidad y con ella la existencia del delito,” mientras la Corte Constitucional falló cuatro meses antes: “Si el detenido supera las cantidades máximas admisibles de tenencia para consumo personal, corresponde a los operadores de justicia establecer que la persona en tenencia de sustancias estupefacientes, psicotrópicas o preparados que las contengan, **tenga la intención de traficar en lugar de consumir.**”

pero sin haber escuchado al imputado, la jueza pone fin a la comparecencia de los testigos. En este momento, todavía no existe (y jurídicamente no puede existir) una resolución sobre la aceptación del acuerdo en el sentido del artículo 638 COIP. Esquemáticamente se “corre” por los requisitos del procedimiento abreviado. Seguidamente, el fiscal recita los hechos fácticos y los elementos probatorios. Al preguntar al imputado, si conocía las desventajas del procedimiento abreviado, él mira en busca de ayuda hacia la defensora. Ella asiente con la cabeza, a lo cual el imputado dice “Sí”.

Él es condenado a una pena de tres meses de privación de libertad. Al salir de la sala, él comenta: “Tres meses en este infierno.”

Jurídicamente, el registro del vehículo del imputado hubiese sido cuestionable. Los policías no han podido justificar su actuar. Al parecer, la detención era arbitraria lo que podría conllevar la exclusión de la prueba. Sin embargo, el procedimiento abierto no dar la cabida para una discusión jurídica sobre las (malas) prácticas de la policía. Se puede observar, como el sistema judicial “débil” se cierre ante su entorno por no procesar información jurídicamente relevante.⁸⁸Consecuentemente, pierde fuerza y no logra cumplir con su función.

14. Caso, No. 17282-2019-02158, Procedimiento directo (Art. 220 COIP).

Otra vez, en un principio, la jueza pone fin a la comparecencia de los testigos. Supuestamente, esperaba la propuesta del procedimiento abreviado. Sin embargo, no existe un acuerdo sobre lo mismo. La jueza “envalentona” a la defensa y al fiscal. Ellos ventilan el asunto, mientras el imputado está sentado al lado sin llegar a un acuerdo.

Cabe mencionar que la audiencia del procedimiento directo se llevó a cabo el 18 de septiembre, mientras la imputada ha sido detenida el 11 de julio. Nosotros hemos podido observar que los testigos (los agentes de la policía) han revisado el expediente en sus celulares mientras estaban esperando. La policía recita “su observación” de la imputada como memorizado. Por ejemplo, la policía

⁸⁸Véase por las consecuencias de este cierre arriba, capítulo I. A.1.

aprehensora responde más que dos meses después de la detención de siguiente manera: “Cuántas envolturas observaron?” – “En ese momento no se contabilizó, pero en la Unidad se determinó que eran 54 fundas.” – “¿Qué otro bien encontró en la cartera?” – “Dinero, 43 dólares con 50 centavos y un teléfono celular negro rota la pantalla.”

Esta vez, sí se ha escuchado a la perita que manifestó la calidad de la imputada como “adicta” en el sentido del artículo 364 CRE. A continuación y como la fiscalía en el marco del interrogatorio de los agentes aprehensores no ha logrado demostrar el intento de la comercialización de la droga, se ratificó el estado de la inocencia – a pesar de que la jueza buscaba inicialmente “solucionar” este caso a través del procedimiento abreviado. En este caso cabe mencionar que la acusada no estaba en prisión preventiva, sino gozaba de su derecho defenderse en libertad. De esta manera era posible preparar le defensa. Debidamente, la defensa ha preguntado a los agentes de la policía si han podido observar, más allá del “cruce de manos”, le entrega de la droga o de dinero. Con una defensa preparada, se logró la absolución.

6. Conclusión: la gestión de la flagrancia como exclusión de comunicación

Aunque las audiencias observadas no son – por su cantidad – representativas, se puede desprender una cierta pauta en el manejo de los juicios penales. La persona procesada es cosificada, es decir, ninguno de los operadores de la justicia, toman al imputado como lo deberían hacer, como sujeto procesal. Nos parecía que habíamos percibido un “miedo al imputado”. Su papel es limitado a, en los casos de los procedimientos abreviados y las conciliaciones, aceptar los hechos y los acuerdos, a una mera formalidad. En cuanto al procedimiento abreviado hemos podido observar que los imputados no han recibido una explicación debida acerca de este procedimiento. Muchas veces – según nuestra percepción y ante la forma de la explicación (durante la audiencia, susurrando, con poco tiempo) – no habrán podido entender la explicación sobre el *alcance* de este procedimiento. Muchas veces, los imputados aceptan hechos que no han sido expuestos en la audiencia, claramente una violación de lo estipulado en el artículo 637 numeral 3 COIP, es decir aceptan

algo de que no pueden saber que es.⁸⁹

Ante este diagnóstico, cabe mencionar la deficiencia estructural de la Unidades de Flagrancia la cual inhibe el acceso a la justicia y la realización de las garantías judiciales de los recién detenidos. No hay tiempo suficiente para preparar la defensa. No existe ni la privacidad ni el tiempo para una conversación entre defensor y imputado. Los detalles: la persona detenida entra la Unidad de Flagrancia por la denominada “zona del aseguramiento transitorio”. Allí el detenido atraviese un protocolo, un “modelo de gestión”, que no permite con contacto temprano del detenido con un defensor. No hasta que el juez haya determinado la hora de la audiencia de la calificación de flagrancia – dentro de las 24 horas después de la detención – el defensor recibe el expediente. Tras haber leído el expediente (y, sobre todo: el parte policial), le queda muy poco tiempo entrevistarse con su defendido. Esta entrevista se lleva a cabo en el pasillo en la zona del aseguramiento transitorio, separado solamente por un tabique. Los agentes de la seguridad penitenciaria pueden escuchar toda la conversación entre defensor y detenido. Ante esto ya es imposible conseguir los denominados “documentos del arraigo social” para prevenir la prisión preventiva, y aún menos, preparar una defensa técnica.⁹⁰ En relación a lo expuesto en el primer capítulo – la función del derecho a ser oído (acceso a la justicia), es interesante que solamente por aquello “modelo de gestión”, al imputado resulta **imposible influir sobre la audiencia de la calificación de flagrancia**. Nuevamente, su papel se reduce a ser un mero figurante. El modelo de gestión no prevé que el imputado (a través de su defensor) pueda realizar o solicitar diligencias, es decir, ejercer una influencia sobre su juicio, lo que es, la aclaración de la verdad y sea en las veinticuatro horas que permanece en la zona del aseguramiento transitorio esperando a la audiencia.

Sumamente interesante se presenta en este sentido una entrevista con una jueza de garantías penales, laborando en la misma Unidad de Flagrancia. Cuando nosotros

⁸⁹Este grotesco se debe, por lo menos parcialmente, a la mala redacción del artículo 637 COIP. Primero, el imputado debe declarar su conformidad con el procedimiento planteado de forma libre y voluntaria, y luego, tras haber escuchado los hechos, el imputado tiene que aceptar los hechos. ¿Quién *no* va a aceptar los hechos tras haber aceptado el procedimiento abreviado?

⁹⁰ Uno de los Defensores Públicos entrevistados ha mencionado que la gestión de la agenda a corto plazo por parte de los jueces es demostración de su poder.

le preguntábamos porque el defensor no se pudiera entrevistar con su defendido ya a su ingreso en la flagrancia en vez de perder tiempo esperando hasta que llegue el expediente, ella primero decía que un país como el Ecuador no contaba con los recursos para tantos Defensores Públicos. Ante nuestro reparo, que esto no implicara más Defensores, sino solamente una forma más oportuna de la distribución de su labor, es decir que, en vez de esperar al expediente, se acerquen a los recién detenidos para levantar información sobre el caso, ella dijo: “Esto sería un sueño, pero es imposible.”

Hablando con Defensores Públicos laborando en la Unidad de Flagrancia, se dio que a menudo los jueces dicen ante la crítica de la imposibilidad de influir sobre la audiencia de flagrancia, que se podrá realizar la práctica de prueba “en el momento oportuno”, es decir en otra etapa del juicio. Esto juzga mal la transcendencia que corresponde la etapa de la investigación, sobre todo ante la limitación que implica el procedimiento directo para el derecho de ser oído y solicitar pruebas. En este sentido, Claus Roxin ha advertido que el

“procedimiento de investigación, que según el programa originario del legislador sólo debía preparar el procedimiento que tenía su coronación en el juicio oral, se ha convertido, entretanto, con frecuencia, en la parte esencial del proceso penal.”⁹¹

Por ello, según Roxin, es imperiosamente necesario darles al imputado y al defensor mayor posibilidad de influir sobre el procedimiento de investigación.

Ante estas palabras, nos permitimos recordar el texto de la CRE. En su artículo 76.7: “El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.” Si se entiende la detención para fines de la realización de la audiencia de la calificación de flagrancia como “etapa del procedimiento”, se muestra que el modelo de la gestión de las unidades de flagrancia está – en la realidad – por encima de la Constitución. En la realidad, el imputado no cuenta “con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa” (Art. 76.7.

⁹¹Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, Traducción de la 25 a edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires 2000, página 359.

b).⁹²

En la realidad de las unidades de flagrancia, él no es oído. Como el imputado no cuenta con la oportunidad de participar en la comunicación sobre los hechos imputados, no puede participar en el flujo de la información entre sociedad y sistema penal. Ciertos tipos de información quedan excluidos de sistema judicial, mientras otros tipos de información sí entran al sistema judicial de manera altamente selectiva. Son los partes policiales que los fiscales y jueces leen como única fuente de información, y que se vuelven en la única prueba en la gran mayoría de las audiencias de flagrancia y consecuentemente en las audiencias de los procedimientos directos: cuando, por ejemplo, el acusado permanece en prisión preventiva, el defensor público no tiene la posibilidad de conversar con él antes de la realización de la audiencia del procedimiento directo. Los pocos minutos que tienen imputado y defensor antes de la audiencia de la calificación de flagrancia serán, en muchos casos, los únicos para preparar la defensa.

En el modelo de gestión de la Defensoría Pública no está previsto que el Defensor Público laborando en las Unidades de Flagrancia viaje a los Centro de Detención Provisional para entrevistarse con su defendido, y por ende, no puede conversar con su defendido para preparar la defensa, y, posteriormente, a raíz de esta entrevista, solicitar las pruebas oportunas. Recordemos que, según el artículo 640 numeral 5 COIP, las partes “realizarán el anuncio de las pruebas” hasta tres días antes de la audiencia del procedimiento directo. La coincidencia entre prisión preventiva, modelo de gestión y las limitaciones del dicho artículo, que en sí mismo probablemente no es conforme con el artículo 8.2 CADH, resultan en la *incomunicación* del imputado. Él y su defensa están literalmente incomunicados y por ende sus papeles respectivos son limitados a figurantes. La *lógica* de la flagrancia, entendida como conjunto de leyes mal redactadas, costumbres y una cultura jurídica adversa a la igualdad de armas⁹³, resulta en el enmudecimiento de

⁹²Véase también el Art. 8.2 c) CADH, que estipula el derecho a la “concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa.”

⁹³El modelo para la institución “Defensoría Pública” en América Latina proviene de los Estados Unidos de América y se ha implementado en la región como consecuencia la implementación del sistema adversarial-acusatorio, véase Jorge Paladines, 2013: La Fabricación de Flagrancia La

un – supuestamente – sujeto procesal.

Ante esto, ante la ausencia de una debida investigación imparcial y luego, de una práctica de la prueba, el parte policial se vuelve en prueba única. Es por eso, que, en las audiencias observadas, fiscales y jueces se limitan a releer en voz alta estos informes supuestamente solamente informativos – en vez de litigar. De esta manera, se anula el principio de la oralidad en plena oralidad. Se puede observar la supervivencia de la lógica de lo inquisitivo en la fachada del sistema adversarial. Otra vez, el sistema penal no puede cumplir su función, producto de los obstáculos para el flujo de información entre sociedad y sistema penal. Las restricciones – sean al nivel legislativo o al nivel de las deficiencias de los operadores de la justicia o al nivel de una cultura jurídica que valora más a un modelo de gestión que la Constitución Política de la República – inhiben la participación del imputado en su juicio. Ante esto, no le queda nada más que aceptar el procedimiento abreviado o la conciliación y esto, como hemos visto en el primer capítulo, no solamente es una violación de los derechos del imputado y las garantías judiciales según el artículo 8 CADH, sino perjudica a la sociedad en general, porque el sistema penal no le puede proporcionar a su entorno una comunicación sobre la validez de una norma: Sin flujo de información entre sociedad y entorno, no habrá sentencia en el sentido estricto, lo que es la subsunción de fenómeno vital bajo la norma – y el sujeto procesal “imputado” es el primer agente (y por ende garante) de aquello flujo de información. En cambio, la predominancia de los partes policiales en el marco de la lógica “flagrancia” demuestra el control directo de la policía sobre la “delincuencia”, y esto, por su parte, agudiza el problema de la falta de autonomía de la justicia frente a su entorno.

gestión procesal de la detención en Ecuador, Justicia Criminal y Democracia. São Paulo: Brasil, página 137. Cabe mencionar que los *public defenders* en EE. UU cuentan con propios investigadores como “contrabalanza” ante la Policía y Fiscalía. El hecho que la Defensoría Pública *no* cuenta con aquellas herramientas de una propia investigación demuestra que la “igualdad de armas”, uno de los pilares del sistema adversarial, no se toma en serio en el Ecuador, es decir: que el sistema adversarial se ha implementado de manera superficial en el país y sin considerar una cultura subyacente en la cual el conflicto abierto muchas veces y todavía es un cuerpo extraño.

Conclusión y recomendaciones

Las entrevistas con operadores de la justicia (fiscales, jueces y defensores públicos) y con personas privadas de libertad, los testimoniales de las víctimas, las audiencias observadas y los datos muestran una imagen decepcionante clara. Todavía existe en el Ecuador⁹⁴ una “cultura”⁹⁵ del trámite frente a una cultura del juicio. Las reformas procesales penales y consecuentemente la implementación de los principios de la oralidad⁹⁶, celeridad y el principio de la contradicción en la superficie del ordenamiento procesal penal no han podido cambiar aquella lógica sustancialmente, la cual es, sobre todo, la lógica inquisitorial. Esto quiere decir, que las nuevas reglas del litigio oral, contradictorio y adversario no se aplican o solamente se aplican de una manera superficial, uno tiende a decir: como fachada.

⁹⁴Cabe indicar de donde partió el Ecuador al iniciar con las últimas reformas procesales penales: “La implementación de la reforma ecuatoriana fue una de las más débiles de la región (...) en relación con la capacitación no hubo ningún plan, los esfuerzos fueron esporádicos y centrados en el texto legal.” Diego Zalamea, Realidad nacionales. Ecuador, en: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Santiago de Chile 2018, La Justicia Penal Adversarial en América Latina, página 262.

⁹⁵Recurrir a la noción “cultura” para explicar un “fenómeno social”, que, a su vez, consiste sobre todo en el desafío político de ceder el poder irregular a través de la racionalización de su aplicación en el denominado imperio de la Ley o Estado del Derecho, es – evidentemente – peligrosa, pues tiende a “aguar” la problemática subyacente, el enigma del fracaso de las reformas procesales penales en el Ecuador con aquel concepto indeterminado. Por ejemplo, en el libro “Defensa penal efectiva en América Latina”, en 612 páginas, se menciona a menudo la palabra de “cultura” para explicar las deficiencias detectadas en la región. Por ejemplo: “Igualmente, aún falta instaurar un cambio cultural en toda la sociedad, incluyendo al Gobierno y los medios de comunicación, que todavía tienden a suponer la culpa de una persona detenida y/o imputada.” (página 529), En segundo lugar, existen problemas relacionados con la formación de los abogados y la cultura jurídica que prima entre estos (página 525). “Sin embargo, esta es otra área en donde la cultura de los profesionales involucrados impide la aplicación justa de las normas. Nuestro estudio encontró que, independientemente de los criterios jurídicos establecidos para determinar la procedencia de la prisión preventiva, usualmente los jueces toman decisiones apoyados en criterios estandarizados (como la gravedad del presunto delito)” (página 498). “El cambio de culturas profesionales es un proceso largo y lleno de desafíos, pero puede lograrse siempre y cuando se desee hacerlo.” (página 496) con un sinnúmero de ejemplos más. Véase Alberto Binder, Ed Cape, Zaza Namoradze (Eds.), Defensa penal efectiva en América Latina, Bogotá, 2015. En vez de señalar a una cultura judicial como comodín para lo que quedaría de explicar, se debería desarrollar *porque* existe esta cultura.

⁹⁶En el año 2000, es decir, en el comienzo de las reformas procesales penales en la región, Eberhard Struensee y Julio B.J. Maier han señalado que “no parece que las reformas logradas, en particular el juicio público y oral como base ineludible de la sentencia penal, *puedan retroceder al estado legislativo anterior a ellas.*” Eberhard Struensee, Julio B. J. Maier, Introducción, en: Julio B. J. Maier, Kai Ambos, Jan Woischnik (Coordinadores), Las reformas procesales penales en América Latina, Buenos Aires 2000, página 29 (cursiva por el autor). Irónicamente, era el énfasis en celeridad y eficiencia (pensemos sólo en el procedimiento abreviado o la conciliación) que ha socavado “el juicio público y oral como base ineludible de la sentencia penal” – lo que demuestra que es engañoso entender y abarcar una reforma judicial al nivel de lo meramente legislativo.

En las audiencias de la calificación de flagrancias y las audiencias del procedimiento directo hemos observado que los operadores de la justicia se limitan a leer en voz alta los partes policiales. Es decir, en pleno sistema “adversarial y oral”, se reproduce el percibido mal de sistema inquisitorio, la reducción de la litigación al intercambio de escritos.

Consecuentemente, costumbres, modelos de gestión y demás protocolos están – en la práctica de la justicia penal – por encima de la letra del COIP, de la Constitución de la República del Ecuador y de los instrumentos internacionales. En la práctica, ni la víctima ni el imputado gozan del derecho a ser oído. Las instituciones que deberían garantizar el flujo de información entre sociedad y el sistema penal no funcionan debidamente, sea por la politización, la corrupción, la indiferencia ante las necesidades de la ciudadanía o, finalmente, por la falta de *voluntad política*⁹⁷ de mejorar el sistema judicial sustancialmente, es decir, el desabrimiento de aceptar una justicia independiente que efectivamente limitara la ejecución irregular del poder estatal. Las reglas no escritas de la burocracia judicial neutralizan sistemáticamente las garantías que deberían posibilitar la participación de los sujetos procesales como agentes de la comunicación judicial (Véase arriba capítulo A, y también capítulo E.4).

Esto hemos podido demostrar ante el ejemplo del procedimiento abreviado y ante el manejo de las audiencias de la denominada “flagrancia”. Un estudio sobre el alcance del derecho del artículo 8.2 f CADH (derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos) probablemente demostraría un resultado semejante. En una frase: imputado y víctima son objeto de un trámite cuyo fin no es el concepto abstracto “justicia”, sino la terminación “eficiente” dentro de la lógica del trámite.

Todo esto debilita el sistema judicial y por ende el orden normativo de una sociedad. Una administración de la justicia cuya finalidad consiste en tramitar causas – mover expedientes, llenar formularios, cumplir con la forma – no podrá cumplir con la función del sistema social “justicia”, lo que es restablecer la paz

⁹⁷Véase por este aspecto arriba I A.3, Sobre la funcionalidad política de la debilidad del derecho.

alterada por el crimen a través de reafirmar la validez del orden normativo. En el primer capítulo (véase nota al pie número cinco) hemos analizado el sentido de la noción *sentencia*. Ella es la operación conceptual de contraponer sujeto y objeto, abstracto y concreto. Al llegar a una sentencia, el sistema judicial no debe reproducir principios abstractos, sino enlazar el caso concreto con la norma – para deducir la conclusión de que el hecho, lo concreto, forma o no parte de la norma. Solamente de esta manera, la sociedad puede obtener una reafirmación, una certeza sobre la validez de la norma en cuestionamiento. La aclaración de la verdad es indispensable para la función de la justicia.

Tal vez no es casualidad que la cultura⁹⁸ jurídica de la región muestra sus deficiencias más graves ante aquella aclaración de la verdad, es decir, la debilidad de las garantías judiciales garantizando la participación del imputado en su juicio. La preponderancia del procedimiento abreviado y de la conciliación son otra cara de la medalla. Estas formas de terminación carecen de la capacidad de resolver un conflicto penal y, por ende, con aquella preponderancia se puede explicar la debilidad de lo normativo en la región, el poco valor por lo normativo. Irónicamente, al parecer las reformas procesales penales implementadas en el Ecuador en las últimas dos décadas han *agravado* este problema: la “salida rápida” de un conflicto penal, es decir la conciliación y los procedimientos abreviados y directos, no solamente han impedido que los operadores de la justicia hayan desarrollado las destrezas necesarias para el litigio penal, sino han provocado que la administración de la justicia penal seguía siendo un “juego en la superficie”, sin fuerza de topar las relaciones de poder o penetrar por lo visible. En un panorama más amplio se puede interpretar este juego en la superficie, el cumplimiento meramente formal y barroco⁹⁹ de las reformas *impuestas* como forma de

⁹⁸Sobre la reserva ante esta noción, véase arriba, nota al pie 100.

⁹⁹ Como rasgo principal del arte barroco se caracteriza aquel como “superficial, fácil”. El barroco “prefiere el efecto local y efímero y se desentiende del impacto general (...) le basta conmover el alma.” El arte barroco es “el resultado de simples juegos improductivos, de una falsa profundidad, dentro de un encierro normativista asfixiante”. Finalmente, la “detención en lo superficial y efímero se explicaría por lo innecesario de un tratamiento real o esencial del objeto artístico, dado que, al hacer arte, el arte barroco en verdad finge, “hace teatro”.” Bolívar Echeverría.

resistencia arraigada en la tradición de la oposición tácita, alusiva e indirecta que desarrollaron los pueblos andinos durante la conquista.¹⁰⁰

Ante los hallazgos del estudio, se ofrece las siguientes recomendaciones.

1. El sistema penal del Ecuador sufre de una preponderancia de “delitos flagrantes” y por ende, deficiencias en cuanto a la investigación. Comisiones de delitos que no son visibles (no flagrantes), quedan en alta probabilidad en la impunidad. Es decir, todo lo que requiere una investigación más allá de lo visible, de la inmediación de lo flagrante, casi no existe para el sistema penal. Como hemos mostrado, la lógica de la flagrancia limita los derechos de los imputados *sin* traer beneficios en relación a la celeridad. Ante la grave restricción de los derechos del imputado y para garantizar la conformidad con el Art. 8 CADH, en el marco del procedimiento directo solamente se debería llegar a condenas no privativas de la libertad.

La debilidad mencionada agudiza el problema de la selectividad del derecho penal. En el Ecuador, se procesa lo visible, típicamente delitos urbanos relacionados con drogas y delitos contra la propiedad. En este sentido, el país debería reformar a la Policía Judicial, sus destrezas de investigación y superar la burocracia que inhibe que existiera una investigación realmente prometedora. Se debería salir del foco en la lógica de la flagrancia, que se ha vuelo otra vez en una lógica del trámite y de los escritos, hacia una cultura de la investigación.

La modernidad de lo barroco, México 2000, páginas 207, 208. No pocos de los observadores de las audiencias de los juicios penales en el Ecuador han encontrado precisamente estos rasgos en el actuar de los operadores de la justicia penal: Lo innecesario de un tratamiento esencial del objeto, dado que, al hacer justicia, la justicia en verdad finge “hacer justicia”.

¹⁰⁰ Como mencionado anteriormente, Alberto Binder ha señalado que una elaboración propia “de la legislación – si ella hubiese sido posible – hubiera sufrido el mismo problema. El asunto no es la “copia” de la legislación sino la fuerza de la tradición inquisitorial”, Binder, op. cit. Página 58 – una conclusión impugnada dado que la tradición inquisitorial posiblemente ha logrado sobrevivir precisamente *por* la falta de una elaboración propia de la legislación, dado que la mera copia de una legislación extranjera casi inevitablemente carece de la fuerza de superar el peso de una tradición profundamente arraigada, y, sobre todo, en respecto a la debilidad del sistema penal en la región, políticamente funcional. Cualquier reforma judicial debería partir de un amplio consenso político, que, a su vez, sea resultado de un debate democrático y no de negociaciones entre agencias de la cooperación internacional con sectores particulares de los países recibiendo aquella “ayuda.”

2. La aplicación de los procedimientos abreviados y directos y la conciliación debería ser severamente limitada porque no forman parte de la comunicación sobre la validez de una norma – y consecuentemente no son “justicia” en el sentido estricto. En este sentido existe un malentendido en el país en relación al papel de la víctima: el interés de la víctima no necesariamente coincide con el interés de la sociedad en la obtención de una sentencia (de que haya “justicia”). Por esta razón, el procedimiento ordinario y no la conciliación debería ser la regla. Ante la sobrecarga de la justicia, se debería abrir caminos para el archivo de casos y la aplicación del principio de la oportunidad sin la realización de una audiencia. Por ejemplo: el estudio ha mostrado que el 30% de los casos son “archivados” por la justicia tras la fase de la investigación. En estos casos, no es necesario realizar una audiencia con todas las implicaciones para la escasez de los recursos públicos. Cabe destacar que todos estos casos sin resolución verdadera (archivos, sobreseimientos) entran en las estadísticas del Consejo de la Judicatura como casos resueltos. Según nuestros datos, sólo el 25 % de los casos supuestamente resueltos por el sistema penal del Ecuador han sido resueltos en un juicio contradictorio.

3. Alarmante es la relación entre la prisión preventiva y la posterior aplicación del procedimiento abreviado: la decisión del imputado sobre el procedimiento abreviado **no se ha tomado en libertad en el 87,89 % de los casos**. Esto señala a un abuso de la prisión preventiva (con sus secuelas: incomunicación e imposibilidad de preparar la defensa) con la finalidad de obtener el consentimiento sobre el procedimiento abreviado – lo que es la individualización de la coacción en el sentido del artículo 8.3 CADH¹⁰¹: La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

Como respuesta legislativa ante este abuso, se recomienda la prohibición del procedimiento abreviado siempre y cuando el imputado esté privado de su libertad.

¹⁰¹ Por esto es ampliamente reconocido que el aprovechamiento de la prisión preventiva, lo que es una presión de Estado hacia el imputado, resulta en la inadmisibilidad de la confesión: Véase Claus Roxin, “Libertad de autoincriminación y protección de la persona del imputado en la jurisprudencia alemana reciente”, en David Baigun (Ed.), Estudio sobre la justicia penal, Buenos Aires, 2005, p. 426.

Esta recomendación considera que las condiciones de la privación de la libertad en el Ecuador no cumplen con los estándares internacionales en relación al artículo 8.2 literal c y d CADH: concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y de comunicarse libre y privadamente con su defensor. Aquí cabe mencionar que, irónicamente, el procedimiento abreviado, que proviene de la tradición anglo-sajón con una noción de la verdad más “consensual” que la de los órdenes legislativos de la Europa continental, ha garantizado la supervivencia de la lógica inquisitorial en el Ecuador. Al parecer, un concepto “objetivo” de la verdad es inespereable con la noción de la misma Justicia.

4. En general, la política criminal del país debería separar lo importante de lo menos importante. Debido a la configuración de la flagrancia y las deficiencias de la investigación, se procesa, como mencionado, casi exclusivamente delitos urbanos (cometidos en el espacio público). En general, estos delitos que para la lógica de Policía muchas veces son “la criminalidad”, no siempre merecen una respuesta estatal en forma de una sentencia penal, más bien, se ofrecen para una salida alternativa. Por ejemplo, hemos observado que, en delitos de posesión de drogas, los imputados pasaron frecuentemente meses en la prisión preventiva esperando a su audiencia en el marco del procedimiento directo(!), porque los peritos no han podido entregar sus exámenes sobre la calidad del consumidor del imputado a tiempo (es decir en los diez días previstos en el COIP). En estos casos frecuentes, ni siquiera es necesario entrar a la lógica de la flagrancia: aprehensión, audiencia de flagrancia, prisión preventiva, espera al peritaje, aplazamiento de la audiencia del procedimiento directo, participación de un Defensor Público, juez y fiscal, cuando la Policía ni siquiera ha observado el denominado “cruce de mano” (lo que señalaría a la intención de la comercialización). Aquí, el sistema penal pierde sus pocos recursos en el trámite de bagatelas. El uso inteligente de recursos limitados implicaría ante todo flexibilizar la reacción. No todos los “delitos flagrantes” requieren la detonación del esquema mencionado. En concreto: la despenalización de delitos leves (drogas, hurtos) y la respectiva no-intervención o por lo menos, flexibilización de la reacción por parte de la Fiscalía sin intervención de la judicatura, desbloquearía recursos para la prosecución penal de delitos que, en

el presente, quedan en impunidad – y son más difíciles de investigar, pero afectan bienes jurídicos de alta importancia. Sin embargo, esta superación de la selectividad del derecho penal en el país que – consecuentemente afecta la funcionalidad del derecho penal – supone quitar a la Policía el control directo sobre la criminalidad y, inseparable vinculado con esta exigencia, una justicia autónoma frente a su entorno: el sistema jurídico ratifica la sociedad en cuanto se diferencia de ella.