

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

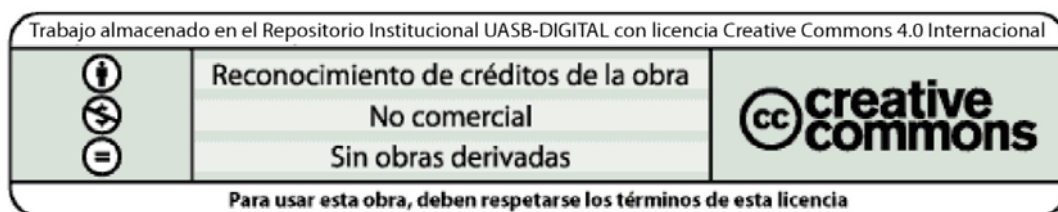
Maestría en Derecho Penal

Derecho penal subterráneo en el procedimiento especial abreviado

Henry Fabián Páez Bahamonde

Tutor: Jorge Joaquín Touma Endara

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derechos de publicación de tesis

Yo, Henry Fabián Páez Bahamonde, autor de la tesis intitulada “Derecho penal subterráneo en el procedimiento especial abreviado”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en Derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo, por lo tanto, la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en formato virtual, electrónico, digital u óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha: martes, junio 05 de 2018

Firma:.....

Resumen

Uno de los procesos especiales que mayor controversia genera en el mundo académico y jurídico dada su tensa relación con los derechos fundamentales y garantías procesales en el juzgamiento de una persona, es el procedimiento abreviado.

Este trabajo, más allá del análisis teórico y dogmático; aborda el tema del procedimiento abreviado desde un punto de vista práctico, descubriendo mediante la técnica de la observación participativa y la entrevista, ciertos actos ilegales, irregulares o cuestionables cometidos por algunos funcionarios judiciales en la sustanciación de una causa penal a través de esta forma procedimental.

En un primer capítulo, se realiza una aproximación teórica del procedimiento abreviado, describiendo los argumentos y posturas que a favor y en contra de su normativización diversos tratadistas han expresado.

Posterior a ello, se analizará el tema del derecho penal subterráneo, entendido como aquellas acciones u omisiones contrarias al ordenamiento jurídico ejecutados por los propios funcionarios públicos en el ejercicio de sus potestades estatales; actuaciones que en décadas pasadas, ya fueron advertidas y sancionadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Sin embargo, el mundo jurídico evolucionó, y el Ecuador con la Constitución de la República del año 2008, adoptó una nueva tendencia normativa. Entonces, ¿es posible, que aún subsistan estas prácticas ilegales ejecutadas por los propios funcionarios estatales?

A través del estudio y análisis de tres juicios abreviados sustanciados principalmente en la Unidad de Flagrancia de Quito, se logra advertir la presencia de un derecho penal subterráneo.

Hechos como la omisión deliberada e intencional por parte del fiscal de incorporar al proceso elementos de convicción en favor del procesado; coacción en contra del procesado; retribuciones económicas a cambio de determinados favores e intereses personales; ocultamiento de errores investigativos; suplir las deficiencias probatorias a través de la declaración de culpabilidad del acusado, constituyen algunos de los elementos irregulares que rodean a este juicio especial, cuya práctica reiterativa, de a poco, va posicionando la idea de que en determinados casos o bajo ciertas circunstancias para el juzgamiento de una infracción penal, es preferible acudir al procedimiento abreviado.

Dedicatoria

*Al sencillo lector, al acucioso investigador; que las injusticias no
permanezcan ocultas ni en silencio.*

Agradecimiento

*A Dios, sin su fortaleza y bendición, nada de esto sería posible;
A mis padres, gracias a su apoyo incondicional hoy soy un profesional,
espero algún día retribuir en algo todo lo que han hecho por mí;
A mis profesores por contribuir en mi formación profesional, de manera
especial al Dr. Jorge Touma E. por su tiempo compartido, por todos sus
consejos y enseñanzas que me condujeron a la culminación de esta tesis.*

TABLA DE CONTENIDOS

INTRODUCCIÓN.....	13
CAPÍTULO PRIMERO. DETERMINACIÓN TEÓRICA: PROCEDIMIENTO ABREVIADO Y DERECHO PENAL SUBTERRÁNEO	17
1. <i>Plea Bargaining</i> y Procedimiento Abreviado: diversas posiciones críticas, elementos, características y motivaciones que impulsaron su reconocimiento jurídico en el Ecuador.....	17
1.1. El procedimiento abreviado y su regulación normativa en el Ecuador	23
2. Marco general y aproximaciones doctrinarias del derecho penal subterráneo ..	38
2.1. Derecho penal subterráneo en el Ecuador: la eficiencia judicial y la determinación cuantitativa de la pena, como elementos que inciden en la configuración, o no contención del derecho penal subterráneo en el procedimiento abreviado.	42
CAPÍTULO SEGUNDO. ESTUDIO Y ANÁLISIS DE CASOS PRÁCTICOS: PROCEDIMIENTO PENAL ABREVIADO: LEGAL vs. SUBTERRÁNEO	57
1. El procedimiento abreviado como herramienta jurídica para ocultar violaciones al debido proceso: Análisis del Juicio No. 17282-2016-00711	61
2. Atormentar al procesado, para que ‘libre y voluntariamente’ se someta al procedimiento abreviado: Análisis del Juicio No. 17282-2016-05053.....	69
3. Más daño hace un operador de justicia venal, que cien delincuentes: Análisis del Juicio No. 17282-2016-06043	79
Conclusiones.....	91
Bibliografía	95

Introducción

A partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, así como la inauguración de la Unidad de Flagrancia en Quito, el procedimiento abreviado se ha convertido en uno de los procesos especiales con mayor incidencia en cuanto a la resolución de conflictos penales, calificados como menores, se refiere.

Más allá del análisis jurídico e investigación teórica sobre derechos fundamentales y garantías procesales que innumerables veces se han efectuado alrededor de este tipo de procedimientos especiales; el tema propuesto se orienta hacia la aplicación y ejecución práctica del procedimiento abreviado por parte de los operadores de justicia, quienes en determinados casos o bajo ciertas circunstancias, recurren a esta forma procedimental con el objeto de subsanar aquellos errores y debilidades probatorias de una inadecuada investigación; facilitar el trabajo y disminuir la carga laboral, u obtener beneficios personales a cambio de interpretar de una manera conveniente la reducción de la pena prevista en la norma.

Estas afirmaciones se encuentran sujetas a la comprobación práctica a través del análisis y revisión de varios juicios abreviados sustanciados principalmente en la Unidad de Flagrancia con sede en la parroquia Mariscal Sucre de la ciudad Quito.

El primero de ellos, se refiere a la manera cómo actúan el juez, fiscal y el acusador particular, para que los errores cometidos por parte de la policía durante la fijación de la cadena de custodia en la recolección, manejo y conservación de la evidencia de un delito contra el derecho a la propiedad, no fueran advertidos por el procesado o su defensa técnica; motivándolo más bien a que opte por el procedimiento abreviado a fin de que se haga acreedor a una rebaja en su condena, sin saber el acusado sobre las irregularidades que se habrían presentado inicialmente en la conducción de la evidencia, y que en un juicio ordinario serían contradichos, y probablemente hasta excluidos; dado que, a más de la omisión de la cadena de custodia, se presentaron otras circunstancias irregulares durante la investigación penal.

Ello no solo que ponía en riesgo la demostración de la materialidad de la infracción y consecuentemente la responsabilidad de la persona procesada, sino que habrían merecido el inicio de una investigación y probable sanción en contra del funcionario que manipuló, y posteriormente usó judicialmente la evidencia obtenida

de manera ilegal; sin embargo y gracias al procedimiento abreviado, ninguna de estas anomalías probatorias, se pudieron advertir.

A través del segundo caso práctico, analizaré la supuesta decisión libre y voluntaria del procesado de acogerse al procedimiento abreviado, declaración que a su vez implica la admisión de responsabilidad en el delito atribuido.

Doctrinariamente una de las críticas que se ha emitido en contra de este procedimiento especial ha sido la probable presencia de actos de coacción e incluso tortura, ejecutados en contra del procesado a fin de obtener su admisión de culpabilidad. Sin embargo y dado el avance de la sociedad, esta coacción ya no se presenta de manera rústica y agresiva como en la antigüedad, sino que ahora se utilizarían métodos más sutiles, ejecutados de diferente manera, pero que en igual medida pretenden alcanzar la admisión 'libre y voluntaria' del procesado para tramitar su caso a través del procedimiento abreviado.

Dinero, amenazas a la familia del procesado, ineficiente defensa penal, coacción a través de la gravedad de la pena, entre otros supuestos, constituyen ahora los elementos por medio de los cuales pretenden obtener la declaración de culpabilidad del procesado.

Estos hechos seguramente sorprenderán, ya que supuestamente con la Constitución de la República del año 2008, el Ecuador fortaleció el aseguramiento de los derechos fundamentales y garantías procesales a fin de desterrar aquellas prácticas abusivas y lesionadoras de derechos provenientes de algunas actuaciones judiciales de décadas pasadas, y que en más de una ocasión merecieron sanciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Casos como Suárez Rosero vs. Ecuador (sentencia de 12 de noviembre de 1997); Tibi vs. Ecuador (sentencia de 7 de septiembre de 2004); Acosta Calderón vs. Ecuador (sentencia de 24 de junio de 2005); Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador (sentencia de 4 de julio de 2007); Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez vs. Ecuador (sentencia de 21 de noviembre de 2007); Albán Cornejo y otros vs. Ecuador (sentencia de 22 de noviembre de 2007); Salvador Chiriboga vs. Ecuador (sentencia de 6 de mayo de 2008); denotan las graves violaciones a derechos humanos vinculados principalmente a privaciones ilegales o arbitrarias de la libertad.

Lo común de estos casos, era además la presencia de actos de coacción, tortura y maltrato físico orientados a obtener la inculpación del detenido. Actuaciones que eran ejecutadas por los propios funcionarios del Estado, las cuales, lejos de estar

permitidas o no encontrarse previstas como infracción en la ley; se ejecutaban de manera subterránea, cuya impunidad se encontraba garantizada no solo por la falta de control de los organismos del Estado, sino que el mismo Estado, a través del discurso político, había legitimado la aplicación de una estrategia ‘combativa’ en contra de determinados delitos y personas, lo cual era aprovechado por ciertos funcionarios, quienes prevalidos de las facultades de su cargo, actuaban contrarios a la norma cuando de investigar y juzgar estas infracciones se trataba.

Lastimosamente estas prácticas judiciales violatorias a derechos humanos no son cosa del pasado, y si bien ya no se presentan (o por lo menos no se ha evidenciado) en esa magnitud, todavía persisten ciertas actuaciones que estarían afectando los derechos y garantías del más débil del proceso penal; los cuales, y gracias a la flexibilidad juzgadora que brinda el procedimiento abreviado, serían ejecutados a través de este procedimiento especial por algunos funcionarios estatales.

Actuaciones irregulares que no constan registradas en el expediente ni mucho menos son expuestas ante un juez; presentándose más bien de manera oculta y clandestina a fin de evitar su judicialización, siendo posible conocer de ellos, básicamente al haber sido partícipes en el acto, o al haber presenciado alguna irregularidad en el desarrollo de la audiencia del juicio abreviado.

Finalmente, y a través del análisis del tercer juicio práctico, me referiré al tema de la negociación y disminución de la pena para el caso del procedimiento abreviado, misma que se encuentra sujeta a lo previsto en el artículo 636 inciso tercero del COIP; caso en el cual, más que una negociación entre los sujetos procesales, existe una imposición por parte del agente fiscal, sobre todo al tener la potestad normativa de sugerir la pena ‘acordada’ en la audiencia respectiva.

A ello debe sumarse la ambigüedad normativa respecto a la manera como debe disminuirse la pena para el caso de este procedimiento especial, lo cual es aprovechado por los sujetos procesales para que, de acuerdo a las circunstancias del hecho, así como ciertos intereses personales, se aplique una pena más, o menos benigna en contra del procesado; lo cual también generaría la presencia de actos ilegales que no son expuestos en las respectivas etapas procesales.

Todo ello debe invitarnos a reflexionar sobre la magnitud de los actos ilegales, irregulares o cuestionables constitutivos del derecho penal subterráneo que se estarían ejecutando a través de este procedimiento especial, y que en el presente trabajo, gracias a la investigación de campo, algunos de ellos se han podido evidenciar.

Capítulo primero

Determinación teórica: procedimiento abreviado y derecho penal subterráneo

1. *Plea Bargaining* y Procedimiento Abreviado: diversas posiciones críticas, elementos, características y motivaciones que impulsaron su reconocimiento jurídico en el Ecuador

El Código Orgánico Integral Penal reconoce en el artículo 634 al procedimiento abreviado como una forma especial de sustanciar el proceso penal, estableciendo en el artículo 635 ciertos requisitos para su aplicabilidad, dentro de los cuales está el hecho de que “la persona procesada deberá consentir expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión del hecho que se le atribuye”¹.

Sin duda este requisito procesal constituye una de las cuestiones más polémicas del procedimiento abreviado, especialmente respecto a si es o no el fruto de una presión o engaño del fiscal o cualquier otra circunstancia ilegal lo que consigue la admisión de responsabilidad por parte del procesado en el hecho atribuido.

Sabemos que este procedimiento no es novedoso o reciente; y, si bien existen disposiciones normativas que contemplan mecanismos de similar naturaleza con el fin de descongestionar el sistema penal, lo cierto es que estas prácticas tienen sus antecedentes en normas procedimentales extranjeras similar al *plea bargaining* que opera en los procesos penales de Estados Unidos.

El término *plea bargaining* no tiene una traducción equivalente en nuestro idioma. Una traducción literal del término sería “una declaración (plea); negociada o pactada (bargaining). Este proceso consiste en las concesiones que el fiscal realiza a cambio de obtener la admisión de culpabilidad del imputado”².

El *plea bargaining* es un “trato mediante el cual la acusación se aviene a solicitar una sentencia de condena más benigna, o a abandonar alguno de los cargos, o a dar cierta ventaja al acusado a cambio de que éste se declare culpable”³.

¹ Ecuador; *Código Orgánico Integral Penal*, en Registro Oficial, Suplemento, No. 180 (10 de febrero de 2014), art. 635. En adelante se cita este código como COIP.

² Mario Corigliano, “Derecho y cambio social. Juicio abreviado: una imposición de criterios de oportunidad en el sistema penal”, *Foro: Revista de derecho*, No. 7 (I semestre de 2012): 17.

³ Santiago Marino Aguirre, *El juicio penal abreviado* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot editores, 2001), 31.

John Langbein señala que existe *plea bargaining* cuando:

Un fiscal induce a una persona acusada penalmente a confesar su culpabilidad, y a renunciar a su derecho a un juicio, a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta si se declara culpable luego de un juicio [...]. A cambio de procurar clemencia para el acusado, el fiscal es relevado de la necesidad de probar su culpabilidad, y el tribunal es dispensado de establecerla. El tribunal condena al acusado sobre la base de su confesión, sin ningún otro mecanismo de atribución de culpabilidad⁴.

Se reconocen dos tipos de *plea bargaining*. “Uno cuando el imputado admite su culpabilidad a cambio de una recomendación del fiscal para que el juez imponga una pena determinada. En el otro caso, el fiscal acusa por un hecho más leve, o bien imputa menor cantidad de hechos cuando se trata de un concurso real”⁵.

Apareciendo el fiscal por tanto como un ente absoluto del ejercicio del poder penal, quien a su libre albedrío puede disminuir los cargos por los cuales imputaría a una persona en el caso de que se trate de un concurso real de conductas; o bien solicitar al juez la imposición de una pena menor a la prevista en el tipo penal. El procesado por su parte, el único recurso que tiene en ambos casos sigue siendo el mismo: la admisión de culpabilidad.

En un inicio la declaración de culpabilidad del acusado en el proceso penal americano, “no eximía al Estado de celebrar el juicio oral con todas las garantías (caso *Wigh v. Rindskopt*” año 1877). Es a fines del siglo XIX y principios del XX, debido a lo costoso de la tramitación de los juicios y al tiempo que insumía su sustanciación, que se comenzó a imponer la concepción contraria”⁶.

Así, al evitar la etapa de juicio y ahorrar recursos económicos, personales, temporales, y aparentemente brindar un beneficio a las partes procesales, el *plea bargaining* pasó de ser un procedimiento aislado o poco utilizado, a convertirse en el procedimiento más usado para la resolución de conflictos penales.

Existen diversos estudios relacionados al *plea bargaining*, el cual presenta posturas tanto críticas que se muestran contrarias a su normativización, por lo cual proponen su reforma o incluso su total derogación; así como también hay defensores de estos procedimientos sumarios, quienes sostienen que los mismos evitan demoras y gastos innecesarios al Estado, sobre todo cuando la evidencia recabada por el

⁴ John Langbein, “Tortura y plea bargaining”, en Julio Maier y Alberto Bovino, comps., *Procedimiento abreviado* (Buenos Aires: editores del puerto, 2001), 27.

⁵ Mario Corigliano, “Derecho y cambio social”, 17.

⁶ *Ibíd.*

acusador conduce indudablemente a pensar en la culpabilidad del imputado, resultando en este caso el procedimiento abreviado ser útil y eficaz.

Una de las críticas más usuales es la referente a la discreción otorgada al fiscal. Como se mencionó anteriormente, el representante del Estado puede disminuir los cargos por los cuales acusaría a una persona, así como sugerir la imposición de una pena por el delito imputado.

Ello hace que el fiscal se encuentre en una posición de superioridad, ya que controla prácticamente el proceso penal, realiza la investigación preprocesal y procesal penal, la cual, al no estar sujeta a un control judicial, puede carecer de objetividad reuniendo únicamente elementos de culpabilidad, talvez incluso obtenidos de manera ilegal, sobre los cuales se presenta el fiscal a negociar.

Al *plea bargaining* se lo considera como “negociación amplia, ya que dicha negociación se bifurca en dos versiones: la primera, la negociación sobre la acción penal o hecho imputado (*charge bargaining*): y la segunda, la negociación sobre la pena o sentencia (*sentence bargaining*)”⁷. De estas dos modalidades, el procedimiento abreviado se asemeja más al de *sentence bargaining* o negociación sobre la pena o sentencia.

Dichas negociaciones señalan sus opositores tiene un efecto coercitivo, equiparable incluso al de la tortura⁸ empleada en época de la Inquisición, solo que en este caso ya no se usan medios rústicos como el potro, la rueda, la garrucha, entre otros para obtener una confesión, sino que ahora se utiliza a la gravedad de la pena como el instrumento perturbador en el procesado, para que elija, entre someter el caso al procedimiento abreviado, o al juicio ordinario.

Para ello, la pena debe variar sustancialmente entre uno y otro procedimiento; y si el procesado se encuentra privado de su libertad, o se aplica en su contra alguna otra medida cautelar, la coerción se dice, es mucho mayor.

Al sufrir el procesado los retrasos y dilaciones de la burocracia judicial que le impiden obtener una solución a su estado actual, acompañado ello a veces de los padecimientos⁹ que produce la cárcel (prisión preventiva), lo único que le queda a fin de recuperar su libertad, es dar su declaración de culpabilidad. “¿Qué puede dar el

⁷ Marcelo Hernán Narváez, *Procedimiento penal abreviado*, primera edición (Quito: librería jurídica Cevallos, 2003), 60.

⁸ Alberto Bovino, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, en Julio Maier y Alberto Bovino, comps., *El Procedimiento abreviado* (Buenos Aires: editores del puerto, 2001), 63.

⁹ Thomas Mathiesen, *Juicio a la prisión* (Buenos Aires: ediciones Ediar, 2003), 214 y siguientes

sospechoso, en su confrontación desigual con la acusación, a cambio de la reducción de la condena, sino la propia declaración de culpabilidad o la admisión, incluso infundada de haber codequinado con los demás acusados?”¹⁰.

Porque al procesado, más que obtener certeza respecto al tiempo de su condena, lo que le interesa es salir en el menor tiempo posible de la prisión, y si para ello debe prestar su conformidad o declaración inculpativa sobre el hecho atribuido; en algunos casos, los deseos de libertad podrían prevalecer más que su verdadero estado de inocencia.

En cambio, quienes se muestran a favor de este procedimiento sostienen que esta práctica brinda “beneficios tanto al acusado como al fiscal, pues la admisión de culpabilidad ahorra, al imputado, el esfuerzo y los gastos que el juicio requiere cuando no es probable que éste obtenga un resultado favorable. Para los fiscales, las ventajas consisten en reducción de gastos y eficiencia administrativa en la utilización de recursos”¹¹.

Desde esta postura entonces el beneficio se proyecta tanto desde la economía y eficacia procesal, al obtener el Estado una sentencia pronta utilizando menos recursos; así como desde el punto de vista del procesado, quien obtiene una reducción en su pena a cambio de la declaración o admisión de culpabilidad.

De esta manera el Estado cumple su fin que es sancionar, y el procesado, a cambio de la renuncia a un derecho, recibe un beneficio en la determinación cuantitativa de la pena.

Otra de las críticas que recibe esta postura, es que a través de las prácticas abreviadas lo que se ha hecho es “abandonar un sistema contradictorio de atribución de culpabilidad, para adoptar un sistema no contradictorio de concesiones”¹².

Además, la mayoría coinciden en que su normativización y aplicación vulneran el principio de presunción de inocencia, la carga de la prueba, el derecho de confrontar e interrogar a los testigos de la acusación y la prohibición de ser obligado a declarar contra sí mismo.

En cuanto a la presunción de inocencia, este es el concepto fundamental en torno al cual se construye el modelo procesal penal de corte liberal, en el cual se

¹⁰ Langbein, “Tortura y plea bargaining”, 15.

¹¹ Bovino, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, 63.

¹² Langbein, “Tortura y plea bargaining”, 15.

reconocen derechos y garantías a favor del procesado frente a la actuación punitiva estatal.

En el ámbito legislativo la presunción de inocencia “constituye un límite al legislador frente a la configuración de normas penales que implican una presunción de culpabilidad y conllevan para el acusado la carga de probar su inocencia”¹³.

Picó Junoy al referirse a la presunción de inocencia indica que, “como garantía propia del proceso penal, se resume en la idea básica de que toda persona acusada de una infracción sancionable, es inocente mientras no se pruebe lo contrario”¹⁴.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entiende que el principio de inocencia obliga al Estado a demostrar la culpabilidad del imputado respetando las garantías del procedimiento que protegen su equidad e imparcialidad.

Por ello, ningún Estado puede estar “legitimado para aplicar su aparato punitivo a una persona, con el propósito de proteger la sociedad dentro de su territorio, con desconocimiento de los derechos que le son inherentes al hombre. En esta materia, el fin no justifica los medios”¹⁵.

En el caso del procedimiento abreviado, el principio de presunción de inocencia es vulnerado al momento en que el fiscal y el abogado defensor, parten de la idea de que el procesado es culpable, y por tanto celebran acuerdos que presuponen la responsabilidad en el hecho que se le imputa.

Desde la audiencia de formulación de cargos, hasta la audiencia de evaluación y preparatoria a juicio que es el momento procesal hasta el cual se puede solicitar el juicio abreviado, el procesado es visto como culpable por los operadores de justicia; y como tal, recibe el trato que dicha categoría le asigna, más aún cuando en su contra pesan medidas cautelares restrictivas de la libertad como la prisión preventiva, que para algunos lo que hace es desvirtuar la presunción de inocencia, fortaleciéndose en su lugar una presunción de culpabilidad.

Sobre este escenario se presenta el fiscal a negociar, quien al presumirlo culpable al procesado, le ofrece la posibilidad de solucionar rápidamente el conflicto penal a través de su admisión de responsabilidad ante el juez de garantías; y, si bien en algunos casos la evidencia obtenida hasta ese momento podría conducir a pensar la

¹³ Ecuador: Corte Constitucional, [Consulta de constitucionalidad preguntas de consulta popular], en Sentencia N° 033-10-SCN-CC, Caso N° 0076-10-CN, 2 de diciembre de 2010.

¹⁴ Joan Picó Junoy, *Las garantías constitucionales del proceso* (Barcelona: Bosch editora, 2002), 155.

¹⁵ Horst Schönbohm y Lösing Norbert, *Sistema Acusatorio, juicio oral, proceso penal en América Latina y Alemania* (Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1995), 12.

proximidad de una sentencia condenatoria; también existen casos en donde las fallas investigativas pretenden ser subsanadas por la declaración de culpabilidad.

Por tanto, dependerá de la defensa técnica y estratégica adoptada por el abogado, así como la evidencia y los elementos de convicción que posea la acusación, quienes limiten o no, desde una perspectiva contractual, a esta garantía procesal.

La presunción de inocencia como garantía básica del debido proceso involucra también el *onus probandi* o carga de la prueba; es decir, obliga a la parte acusadora a proporcionar la evidencia y los elementos de convicción suficientes tendientes a demostrar la culpabilidad del procesado, prevaleciendo en todo caso la absolución, si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada; porque es “menos malo exponerse a salvar a un criminal, que condenar a un inocente”¹⁶.

La lógica del derecho por tanto impone a quien alega un hecho, la obligación procesal de probarlo, puesto que la alegación misma no constituye prueba de por sí.

En un sistema procesal acusatorio como el nuestro, corresponde a la Fiscalía recabar los elementos de convicción suficientes tendientes a demostrar la culpabilidad de la persona procesada; es decir la carga de la prueba le corresponde al fiscal, bastándole por tanto al procesado la garantía de inocencia, e incluso la inactividad probatoria frente a la acusación, para que, de ser el caso, en sentencia se ratifique su estado de inocencia.

Se dice además que el *plea bargaining* y el procedimiento abreviado al evitar la etapa de juicio, conllevarían la puesta en peligro de dos de las facultades más importantes que involucra el derecho a la defensa: el control de la prueba de cargo y la producción de prueba de descargo.

En efecto, la vía abreviada no admite la realización de ninguna actividad probatoria. En consecuencia, el juez valorará únicamente los elementos de convicción recolectados en la etapa de investigación previa e instrucción fiscal, obtenidos con escaso, cuando no inexistente, control de la defensa. En consecuencia, la sentencia condenatoria se fundará casi exclusivamente en elementos de convicción que no alcanzan el valor de prueba, y que fueron incorporados al proceso sin haber sido contradichos por la otra parte.

La contradicción probatoria permite a la persona procesada hacer valer sus argumentos, razones y excepciones en sentido contrario a las atribuidas, a fin de que

¹⁶ Joaquín Escriche, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, segunda edición (Bogotá: editorial Temis, 1998), 881

el contraste de cada una de las posturas y sobre la base material de la prueba, la autoridad judicial pueda emitir una decisión conforme a derecho.

Si se restringe dicho principio procesal, se estaría imponiendo una sola voluntad, la cual estaría formada únicamente por aquellos elementos y evidencias tendientes a fundamentar la posición de la acusación, poniéndose entonces también en riesgo el principio de objetividad.

Si el fiscal no ha investigado elementos de descargo a favor del procesado, y la defensa tampoco puede contradecir la evidencia obtenida ni hacer valer procesalmente sus elementos probatorios, la realidad procesal en cualquiera de las etapas judiciales hasta cuando es factible someter la resolución del caso vía procedimiento abreviado, indudablemente conducirán a demostrar la culpabilidad del procesado.

En conclusión, el derecho a la defensa, la presunción de inocencia, la carga de la prueba y el derecho al juicio, son los derechos y garantías que se consideran vulnerados por quienes sostienen una teoría contraria al *plea bargaining* y al procedimiento abreviado.

Además, confían que en aquellos lugares donde ya se aplica dicho procedimiento, por lo menos no se pierda el justo equilibrio que debe existir entre celeridad y garantías, informándose claramente al procesado respecto al alcance y las consecuencias que implica la admisión de responsabilidad así como la aceptación de una pena, misma que no se limita a la determinación cuantitativa de la misma, sino que tiene un amplio espectro de circunstancias que lo exceden, como por ejemplo el pago de daños y perjuicios a favor de la víctima, o la aceptación de responsabilidades civiles, en caso las hubiere.

1.1. El procedimiento abreviado y su regulación normativa en el Ecuador

Pese a las posturas críticas emitidas por algunos expertos del mundo académico y jurídico en contra del *plea bargaining* y el procedimiento abreviado; sumado ello a la desconfianza que en materia de derechos y garantías procesales su ejecución produce; durante las últimas décadas esta clase de procedimientos especiales han sido adoptados con diversa amplitud y alcance por diferentes Estados.

En Europa, países como Alemania, España, Italia o Portugal dieron acogida favorable a las abreviaciones del proceso penal.

En el ámbito latinoamericano, países como “Guatemala, Panamá, Costa Rica, Chile, Bolivia, Paraguay, Brasil y Argentina, adoptaron formas procedimentales en las que se puede arribar a una pena, luego del allanamiento del imputado a la pretensión del fiscal. El modelo a imitar por todas estas legislaciones es el *plea bargaining* de los Estados Unidos”¹⁷.

En el Ecuador, el aumento de la criminalidad en delitos menores, y por lo general, delitos contra el derecho a la propiedad en menor cuantía, acompañado de la limitada capacidad operativa para su juzgamiento, coadyuvan a la saturación y posterior colapso de la administración de justicia.

Hasta agosto de 2007, en el Ecuador existían 18.675 personas privadas de la libertad, de las cuales, 11.904 que representan el 64% del total, constituían los denominados presos sin sentencia,¹⁸ convirtiéndolo en uno de los índices más altos de América.

Los tribunales penales estaban “desbordados por la cada vez mayor competencia que le asignaba la creación de tipos penales; todo lo cual actúa en desmedro de una mejor y más pronta administración de justicia y, con ello, [se tornan] vulnerables los derechos que allí se debaten”¹⁹.

Dichas circunstancias, antes que derivar en el análisis de la política criminal y la consecuente descriminalización de cierto tipo de conductas, más bien “alientan la búsqueda de la eficiencia como política estatal, dictándose normas”²⁰ y procedimientos que permitan despachar rápidamente las causas que en mayor medida se presentan; debilitando, o incluso vulnerando derechos y garantías procesales reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Razones puramente utilitarias priman en la normativización de este tipo de procedimientos sumarios o abreviados. Ya que muy difícilmente se hubiera pensado en su incorporación si en nuestro país existiera un sistema más reducido de delitos; suficiente capacidad operativa que permita atender las causas en plazos razonables, en

¹⁷ Gabriel Ignacio Anitua, “El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva”, en Julio Maier y Alberto Bovino, comps., *El procedimiento abreviado*, (Buenos Aires: editores del Puerto, 2001), 144.

¹⁸ Defensoría Pública del Ecuador, “Rendición de cuentas 2007-2011”, <http://www.defensoria.gob.ec/images/defensoria/pdfs/rendicioncuentas/rendicion_de_cuentas%2007-2001.pdf>, Consulta: 16 de octubre de 2017.

¹⁹ Luigi Ferrajoli y otros, *La emergencia del miedo*, primera edición (Argentina: ediciones Ediar S.A., 2013), 148-9.

²⁰ Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo* (Bogotá: grupo editorial Ibañez, 2006), 140-1.

donde todos los procesados se encuentren en libertad hasta el momento de la sentencia condenatoria, entre otros.

Por tanto, son las fallas del sistema y de la política penal estatal lo que nos lleva a tener este tipo de procedimientos, que brindan la imagen a la ciudadanía de atención rápida y eficiente ante la infracción penal, pero que subterráneamente podrían estar vulnerando derechos y garantías, no solo procesales, sino también fundamentales; porque estos mecanismos procesales a través de los cuales se pretende descongestionar el sistema de justicia, casi siempre producen una “colisión notoria con los principios que, en forma de máxima rectora, gobiernan políticamente, con cierta tradición, la administración de justicia en materia penal”²¹.

La historia del derecho penal tanto en su parte adjetiva como sustantiva, lamentablemente ha sido casi siempre el de las emergencias, por medio del cual se busca solucionar eficazmente una determinada problemática social, maximizada a veces por el discurso político y la estrategia comunicacional adoptada por cierta prensa.

Sin embargo, la pretendida solución al supuesto problema del que debía ocuparse el derecho nunca llega, pasando a constituirse la emergencia temporal, en algo perenne o continuo que con el transcurso del tiempo convierte a la tipificación conductual en algo vigente, pero no válido.

Así, el poder punitivo pretendió:

Resolver el problema del mal cósmico (brujería), de la herejía, de la prostitución, del alcoholismo, de la sífilis, del aborto, de la insurrección, del anarquismo, del comunismo, de la toxico-dependencia, de la destrucción ecológica, de la economía subterránea, de la corrupción, etc. Cada uno de esos conflictos-problemas se disolvió, se resolvió por otros medios o no los resolvió nadie, pero absolutamente ninguno de ellos fue resuelto por el poder punitivo. Sin embargo, todos dieron lugar a discursos de emergencia, que hicieron nacer o resucitar las mismas instituciones represivas a las que en cada ola emergente se apela, y que no varían desde el siglo XIX hasta el presente²².

Tanto la tipificación conductual, así como el reconocimiento de procedimientos sumarios, antes que el análisis técnico y jurídico, obedecen a una demagogia política punitiva, cuyos voceros proponen una sociedad sin delito a costa de penas más graves, mayor vigilancia policial y reducción de derechos procesales, lo cual indudablemente

²¹ Maier, “El proceso penal contemporáneo”, 547.

²² Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia, *Derecho Penal Parte General*, segunda edición (Buenos Aires: ediciones Ediar, 2002), 24.

al creer que es a ‘otro’²³ a quien afectará dichas políticas, son aceptadas complacientemente por la mayoría de la población; transformando un “problema político, signado por la desigualdad económica y la inseguridad social, en un problema de criminalidad. Y para hacerlo utilizan al sistema policial, carcelario, judicial, a fin de no tener que tratar la realidad política y económica que está detrás de él”²⁴.

En el Ecuador desde la época Republicana y hasta antes de la promulgación del COIP se elaboraron cinco Códigos Penales (1837, 1872, 1889, 1906 y 1938), los cuales tuvieron cuarenta y seis reformas llevadas a cabo desde la codificación de 1971 hasta la efectuada en mayo de 2010.

En cuanto a la norma adjetiva penal, en nuestro país se han elaborado cinco códigos de procedimiento penal, los cuales han sido reformados por catorce veces, dándose el cambio verdaderamente significativo en el año 2000, cuando pasamos de un sistema procesal inquisitivo (1983) en el cual la actividad persecutoria, así como la judicial se encontraban en manos del juez penal, lo que ponía en tela de duda la imparcialidad²⁵ de sus fallos; al actual sistema procesal acusatorio.

Las numerosas reformas señaladas, evidencian la ligereza con la cual se ha tratado al derecho penal en su conjunto, incorporando muchas de las veces en la legislación nacional, modelos extranjeros que responden a un contexto ideológico, político o circunstancia histórica que no tienen nada que ver con nuestras realidades sociales, por lo que terminan siendo reformados o derogados en periodos cortos de tiempo, dejando entonces la sensación de que vivimos una inestabilidad legal y jurídica.

De esta manera los políticos y gobiernos de turno, han hecho del derecho penal una disciplina que:

Aplica instrumentos cuyos efectos desconoce o, por lo menos, conoce muy superficialmente o duda de sus efectos y, no obstante, los aplica, o los aplica aun a pesar de ciertas comprobaciones empíricas que revelan un pronóstico desfavorable y, lo que es peor, la aplicación se realiza con seres humanos que sufren sin posible retorno [...]; y la transformación, modificación o abolición de esos instrumentos depende de las experiencias y luchas de ideas que después de una larga aplicación se verifiquen²⁶.

²³ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La criminología mediática I y II”, en *La Palabra de los muertos: conferencias de criminología cautelar* (Buenos Aires: ediciones Ediar, 2011), 369.

²⁴ Loïc Wacquant, “Castigar a los parias urbanos”, en *Las dos caras del gueto* (Buenos Aires: editora siglo XXI, 2010), 196.

²⁵ Eberhard Schmidt, *Los Fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal*, segunda edición (Costa Rica: edición Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997), 195.

²⁶ Maier, “El proceso penal contemporáneo”, 176.

Así, el procedimiento abreviado llegó al Ecuador en el año 2000 a través de la promulgación del Código de Procedimiento Penal, el cual lo reconocía como una forma especial de sustanciar la causa penal.

Los artículos 369 y 370 del código procesal penal señalaban:

Art. 369.- Admisibilidad.- Desde el inicio de la instrucción fiscal hasta antes de la audiencia de juicio, se puede proponer la aplicación del procedimiento abreviado previsto en este Título, cuando:

1. Se trate de un delito o tentativa que tenga prevista una pena privativa de libertad, de hasta cinco años;
2. El procesado admita el hecho fáctico que se le atribuye y consienta en la aplicación de este procedimiento; y,
3. El defensor acredite con su firma que el procesado ha prestado su consentimiento libremente, sin violación a sus derechos fundamentales.

La existencia de coprocesados no impide la aplicación de estas reglas a alguno de ellos.

Art. 370.- Trámite.- El fiscal o el procesado deben presentar por escrito el sometimiento a procedimiento abreviado, acreditando todos los requisitos previstos en el artículo precedente.

El juez de garantías penales debe oír al procesado, insistiendo sobre las consecuencias del presente procedimiento al procesado. Si lo considera necesario puede oír al ofendido.

Si el juez de garantías penales rechaza la solicitud del procedimiento abreviado, el fiscal superior podrá insistir y enviará esta solicitud directamente al tribunal de garantías penales.

Si la resolución es conforme a la petición del procesado, el juez de garantías penales enviará inmediatamente al tribunal de garantías penales para que avoque conocimiento y resuelva la adopción o no de la pena como consecuencia del procedimiento abreviado. La pena en ningún caso será superior a la sugerida por el fiscal.

Si el tribunal de garantías penales rechaza el acuerdo de procedimiento abreviado, devolverá el proceso al juez de garantías penales para que prosiga con el trámite ordinario.

Cualquiera de las partes podrá apelar del fallo que admita o niegue el procedimiento abreviado.

Corvalán define al procedimiento abreviado como “una moderna herramienta al servicio de la simplicidad que en muchos casos se requiere para la tramitación de una causa penal”²⁷.

Como se mencionó, este procedimiento nació como respuesta a la preocupación social presentada por los “retrasos en la sustanciación de los procesos que [...] genera una impresión de aparente impunidad y consecuente indefensión en la ciudadanía ante cierto tipo de delitos. En este orden de cosas, la inmediatez y aceleración en la

²⁷ Víctor Corvalán, *La simplificación procesal* (Buenos Aires: editorial instituto panamericano de derecho procesal, 1997), 556.

respuesta estatal ante la delincuencia”²⁸ constituye el discurso perfecto para emitir normas que brinden una solución ‘rápida y eficaz’ a las distintas infracciones presentes en la realidad.

Discurso que es sensibilizado mediante el hecho de que no es la “aceleración el único objetivo buscado. Lo [es] también el reforzamiento del derecho de defensa y la consolidación de determinadas garantías, en especial, de atención a la víctima”²⁹, cuya reparación integral se logra, a más de los mecanismos previstos en la ley, con la emisión inmediata de la sentencia.

Y es que desde el punto de vista de las teorías de la prevención general y especial, los fines de la pena cobran relevancia en cuanto a la cantidad de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y su castigo, por cuanto para dichas teorías, mientras “antes se aplique ese castigo mayor será el efecto en la comunidad”³⁰.

La teoría de la prevención general ve el fin de la pena en la “influencia sobre la comunidad, que mediante las amenazas penales y la ejecución de la pena, deben ser instruidas sobre las prohibiciones legales y apartadas de su violación”³¹.

La incertidumbre generada en cuanto a la duración del juicio penal, agravada por la presencia de medidas cautelares, siembran en los ciudadanos en general y en el procesado en particular, una “situación de doble duda que se traduce, lógicamente, en la certeza de una injusticia, porque, o los acusados son culpables y, entonces, deben ser castigados tempestivamente, o son inocentes y deben ser liberados de toda sospecha tan pronto como sea posible”³².

Por tanto, desde el punto de vista de la efectividad penal del Estado, la realización del proceso penal no tolera tardanzas, ya que la demora en la respuesta punitiva acabaría por desnaturalizar su justificación y fines expuestos.

En tal virtud, dicha teoría es favorable a que se emitan procesos sumarios que permitan una solución rápida y eficaz, como aparentemente lo hace el procedimiento abreviado. Sin embargo, la mayoría coincide que los extremos de arbitrariedad en la búsqueda de celeridad o la demora excesiva de un juicio penal, supondrían casos

²⁸ Teresa Armenta Deu, *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de 24 de octubre de 2002* (Madrid: marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2003), 21.

²⁹ *Ibíd.*, 23.

³⁰ Daniel Pastor, *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, primera edición (Argentina: editorial Ad-hoc, 2002), 84.

³¹ Claus Roxin, *Derecho Penal* (Alemania: grupo editorial Holtzbrinck, 1997), 89.

³² Pastor, “El plazo razonable en el proceso del estado de derecho”, 89.

exagerados y muy evidentes de ilegitimidad procesal, lográndose por tanto un consenso absoluto para su descalificación constitucional.

El espíritu de este proceso especial, es lisa y llanamente economía procesal, a través del cual se pretenden distribuir los escasos recursos humanos y materiales con los que cuenta el sistema penal, en contra de las infracciones que lesionan bienes jurídicos protegidos con una pena menor, pero que mayoritariamente se presentan en la sociedad, y que dada su cantidad, ha hecho imposible que el sistema pueda ocuparse oportunamente de ellas.

Selectividad operativa de la criminalización secundaria³³ diría el profesor Zaffaroni, en donde la inoperancia e ineficiencia del sistema judicial, conducen a que no solo las agencias policiales sean quienes dirijan su accionar de manera selectiva y estereotipada, sino también, la legislación procesal (no sustantiva) se encuentre orientada a atender, con menor rigurosidad e incluso vulnerando derechos constitucionales, cierto tipo de infracciones consideradas como menores o de poca relevancia social.

Porque el efficientismo en la práctica “no es otra cosa que una máscara que esconde violencia cruda y dura contra las personas procesadas”³⁴. El discurso de la eficacia judicial jamás debe dejar de lado el respeto de los derechos y garantías procesales; antes bien, debe obligar a revisar la política y el programa criminal del Estado a fin de despenalizar aquellas conductas que no representan una lesión grave a los derechos de las personas, y que en su mayoría, son los que ocupan los recursos económicos, personales, etc., en la sustanciación de las causas penales.

La situación es distinta en cambio para la teoría de la retribución de la pena, donde “no tendrá importancia decisiva la cantidad de tiempo transcurrido entre la comisión del delito y la aplicación de la pena, pues ésta encuentra sentido en el hecho de que mediante la imposición de un mal merecidamente se retribuye, equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido”³⁵.

Para esta teoría es irrelevante el tiempo que se demore un proceso penal, o si a la pena se llega mediante un trámite ordinario o proceso sumario, lo que le interesa es

³³ Zaffaroni, “Derecho penal parte general”, 10.

³⁴ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: ediciones legales Edle, 2013), 25.

³⁵ Pastor, “El plazo razonable en el proceso del estado de derecho”, 84.

que el infractor reciba una sanción indistintamente del tiempo transcurrido entre su comisión y la ejecución de la pena.

En nuestro país, y conforme lo establece el artículo 52 del COIP, la pena tiene como finalidad la prevención general para la comisión de delitos; motivo por el cual, la inmediatez de la condena y la solución rápida del conflicto social, forman parte de la actual política penal del Estado, rechazando, e incluso sancionando cualquier asunto que pueda retardar injustificadamente el desarrollo del proceso penal, hasta que por lo menos exista una sentencia.

En tal virtud, y con el propósito de hacer frente a una parte de la problemática judicial en cuanto al tiempo que se tomaban los respectivos órganos en resolver un caso de relevancia penal, incluso cuando éste era flagrante; el 29 de octubre de 2012 se inauguró en la ciudad de Quito la Unidad de Flagrancia, la cual atiende y resuelve asuntos de carácter penal las 24 horas del día, los 365 días del año.

A partir de su inauguración, el procedimiento abreviado dejó de ser un procedimiento aislado o poco utilizado, convirtiéndose en el medio de “resolución [de conflictos penales] con mayor incidencia en lo que a flagrancia se refiere”³⁶.

Dicho procedimiento ha permitido que los delitos flagrantes sancionados con pena privativa de libertad de hasta 10 años, sean sentenciados en un tiempo menor de lo que se demoraría su juzgamiento en un proceso penal ordinario, convirtiéndolo en una herramienta que permite a la autoridad judicial, fiscal e incluso defensor público, cumplir con su función principal (juzgar, investigar-acusar; y, defender, respectivamente) de manera rápida y eficiente, evidenciando de esta manera ante el órgano de control, el aparente cumplimiento de sus actuaciones sobre la base de los principios constitucionales³⁷ que rigen la administración de justicia del país.

Ello ha hecho que el procedimiento abreviado, lejos de ser un procedimiento de carácter excepcional o especial conforme lo describe el COIP, se esté convirtiendo en la principal forma de sustanciar una causa penal.

Y es que la confianza en el sistema judicial se construye desde la efectividad, y ésa es la fachada que los juicios abreviados muestran a la ciudadanía: muchos casos resueltos y todos con la imposición de una condena. El público siente que a través de

³⁶ Jorge Touma, “La aplicación del procedimiento abreviado en la Unidad de Flagrancia de Quito: eficacia judicial vs derecho a la no autoinculpación” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014), 90.

³⁷ *Constitución de la República del Ecuador* [2008], tít. IV “Participación y organización del poder”, cap. cuarto, “Función judicial y justicia indígena”, art. 167 y siguientes.

esta práctica está controlando los brotes de delincuencia, así como la probidad y eficiencia con la que deben actuar los órganos del Estado que administran justicia; por ello no se escuchan críticas a su aplicación desde la ciudadanía en general, y a veces ni siquiera desde la academia, operadores de justicia o profesionales del derecho, quienes sienten complacencia por la rapidez con la que se condena; pero desconocen, o simplemente no les interesa si en su tramitación se respetaron los derechos y garantías del debido proceso, importándoles entonces más el resultado, antes que la forma o el medio como se llegó a él.

Con la expedición del Código Orgánico Integral Penal (Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014), el procedimiento abreviado sufrió cambios respecto a su procedibilidad y trámite de aplicación previstos en el antiguo Código. Así por ejemplo, ahora el mismo es aplicable para aquellas infracciones cuya pena máxima privativa de libertad sea de 10 años; la resolución que niegue el procedimiento abreviado no es susceptible de apelación; y, se establece un límite a la reducción del quantum de la pena, la cual no podrá ser menor al tercio del mínimo previsto en el tipo penal.

El COIP no establece una definición propia del procedimiento abreviado, sino que prescribe únicamente las reglas que se deben cumplir, así como el trámite a seguir para que proceda su aplicación.

Sin embargo de ello, y de manera general podría entenderse al procedimiento abreviado como la “posibilidad para el imputado de admitir la existencia del hecho que se le imputa, su participación en aquél y prestar conformidad sobre la calificación legal y la pena solicitada por el representante [de la Fiscalía], para de este modo no llevar adelante la audiencia de debate oral, y, si el tribunal de juicio no rechaza el acuerdo, se dicte sentencia conforme lo pactado”³⁸.

Luigi Ferrajoli en su ensayo las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal, señala que esta serie de procedimientos especiales “perturban las garantías procesales, entre estas el principio de estricta jurisdiccionalidad; la obligatoriedad de juicio y de la acción penal; separación entre el juez y la acusación; presunción de inocencia; contradicción entre acusación y defensa”³⁹.

En este sentido coincide el profesor Ramiro Ávila, quien señala:

³⁸ Mario Corigliano, “Derecho y cambio social”, 1

³⁹ Luigi Ferrajoli “Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal”, en Julio Maier y Alberto Bovino, comps., *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires: editores del Puerto, 2001), 32.

El procedimiento abreviado rompe y viola todas las garantías del debido proceso conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en juicio sumario, se admite la famosa máxima que era propia del derecho civil: ‘a confesión de parte, relevo de prueba’, se atenta contra el principio que fue la principal arma contra la tortura en el proceso, que es la prohibición de autoinculpación⁴⁰.

Efectivamente, el descubrimiento de la verdad como uno de los fines del proceso penal, es uno de los puntos cuestionados (a más de los señalados anteriormente) por la aplicación del proceso abreviado.

En el ámbito procesal, se han distinguido históricamente dos tipos de verdades: la verdad real, material o histórica objetiva; y la verdad formal o procesal. El derecho procesal penal prioriza más la averiguación de la verdad que otras regulaciones jurídico procesales, por la transcendencia que en él tiene el interés público.

Para Ferrajoli, la verdad real o material tiene por objeto conocer no solo el “delito en cuanto previsto como tal por la ley, sino también la desviación criminal [...], la persona del delincuente de cuya maldad o antisocialidad el delito es visto como una manifestación contingente”⁴¹, suficiente para la imposición de una pena, pero no siempre la única ni primordial.

En cambio, la verdad procesal perseguida por el modelo formalista, es una verdad que se refiere únicamente a los hechos y circunstancias perfilados como penalmente relevantes, y que se la obtiene siguiendo únicamente el procedimiento previsto en la ley.

Sostiene Ferrajoli que esta verdad “se circunscribe a las tesis acusatorias formuladas conforme a las leyes, debe estar corroborada por pruebas recogidas a través de técnicas normativamente preestablecidas, será siempre una verdad opinable y probable, y ante la duda o falta de acusación [...] prevalecerá la presunción de no culpabilidad”⁴².

El concepto de verdad procesal de acuerdo al profesor Ferrajoli, puede ser descompuesto en verdad fáctica y verdad jurídica.

La verdad fáctica es “la verdad comprobable a través de la prueba del acaecimiento del hecho y de la responsabilidad del imputado [...]. Por su parte la

⁴⁰ Ávila, “*La (in) Justicia penal en la democracia constitucional de derechos*”, 23.

⁴¹ Nicolás Guzmán, “La verdad y el procedimiento abreviado”, en Julio Maier y Alberto Bovino, comps., *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires: editores del Puerto, 2001), 280.

⁴² *Ibíd.*, 284.

verdad jurídica es la verdad comprobable a través de la interpretación de las normas; es una verdad clasificatoria⁴³ en donde el hecho fáctico recibe su nombre conforme a la categoría delictiva prevista por la norma jurídica.

El problema de la verdad en el juicio penal no es otro que el de las garantías del imputado frente al arbitrio de los jueces.

“Un modelo penal garantista se caracteriza, como un conjunto de técnicas que, en el plano legal, aseguran la verificabilidad y la refutabilidad empírica de las hipótesis de delito, y en el plano procesal, exigen su verificación por parte de la acusación y permiten su refutación por parte de la defensa”⁴⁴.

Por tanto, la aceptación jurídica de una solución consensual al conflicto social que reemplace a la verdad histórica objetiva como lo hace el juicio abreviado, generaría problemas, sino insolubles, si complejos para garantías tradicionales del debido proceso.

Por ello, y dado que el procedimiento abreviado suprime la etapa de juicio que es el momento procesal en el cual los elementos de convicción recabados durante la instrucción alcanzan el valor de prueba, se estaría permitiendo el juzgamiento del procesado, con ‘pruebas’ no verificadas ni contrastadas por parte de la defensa.

Por el contrario, D’Albora Francisco señala que “con el procedimiento abreviado no se ve afectado el principio de la verdad material, ya que no se admite una verdad consensuada, pues la sentencia deberá sustentarse en una prueba recogida durante la instrucción y no en la mera confesión, aunque en la realidad pueda ocurrir”⁴⁵.

Pese a su postura de defensa hacia el procedimiento abreviado, termina por reconocer el tratadista que la realidad jurídico-procesal puede ser diferente a la disposición normativa, lo cual conllevaría una posible vulneración de derechos y garantías constitucionales que no afecta al Estado, ya que al final termina condenando, sino al más débil del proceso que es el imputado.

Cafferata Nores también defensor de esta postura sostiene que la confesión que pudiera haber prestado el acusado en el marco del acuerdo de un procedimiento abreviado, deberá ser verosímil y concordante con aquellas probanzas recogidas en la

⁴³ *Ibíd.*, 286.

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Epistemología jurídica y garantismo*, primera edición (México: ediciones Fontamara, 2004), 234.

⁴⁵ Francisco D’Albora, “El proceso penal y los juicios abreviados”, en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (Buenos Aires: ediciones Ad-Hoc, 2000), 462.

investigación, lo que ratificaría y reforzaría su valor conviccional. Es decir, en caso de que se admita tramitar la causa por la vía del procedimiento abreviado, la sentencia condenatoria deberá sustentarse no únicamente en la confesión del acusado, sino y sobre todo, en los elementos de convicción recabados durante la etapa de instrucción.

En similar sentido Santiago Aguirre al referirse a la verdad del procedimiento abreviado señala que únicamente se “tolera la imposición de una pena, cuando el requisito de la correspondencia fáctica y jurídica es estrictamente observado”⁴⁶, en tal virtud, aun cuando el sospechoso reconozca el cometimiento del ilícito atribuido, ello no “vincula al tribunal acerca de su apreciación sobre la verdad de un hecho, ni lo exime al ministerio fiscal de su deber de esclarecer esa verdad”⁴⁷.

En definitiva, quienes defienden al procedimiento abreviado y su no afectación a la verdad, rechazan la postura de quienes sostienen que el mismo permite la construcción de una ‘verdad consensuada’, pues la “posibilidad de penar siempre estará supeditada a una adecuación del acuerdo con la reconstrucción histórica realizada en el marco del proceso”⁴⁸, lo cual impide que la verdad procesal se vea afectada por la voluntad de las partes, manifestándose por tanto dicho acuerdo únicamente respecto al quantum de la pena a imponer, y no sobre otra cuestión probatoria o procesal.

Totalmente distinto a cualquiera de los puntos de vista mencionados anteriormente, aparece el profesor Ferrajoli, quien considera que es una utopía creer que existe una justicia penal completamente con verdad, por ello se debe procurar asegurar a la persona procesada las garantías mínimas que le impidan al poder punitivo desbordar su accionar en la búsqueda de una verdad que no es real, lo cual constituiría un sistema arbitrario.

Por otra parte, quienes se muestran a favor de este proceso especial y al referirse al tema de la confesión del acusado, señalan que no es convincente afirmar que para acreditar la comisión de un delito se esté utilizando en contra del imputado una supuesta superioridad de poder de los fiscales. Ya que es el “cuadro probatorio colectado, y no la presión del representante [de la Fiscalía], el que puede coadyuvar a

⁴⁶ Aguirre, “El juicio penal abreviado”, 26.

⁴⁷ *Ibíd.*

⁴⁸ *Ibíd.*

que la defensa opte por resignar la celebración del debate, en post de obtener un resultado que evalúe como más favorable⁴⁹ a su defendido.

Por el contrario, sus detractores señalan que existe una desigualdad de poderes entre las partes lo cual es aprovechado por el fiscal a través de prácticas extorsivas, amenazando al procesado con la imposición de penas más graves en caso de llevar la solución del conflicto penal, al juicio ordinario.

Otro de los puntos críticos que rodean a este procedimiento es lo que algunos denominan la premiación a la confesión mediante la atenuación de la pena, pues mientras para algunos constituye una “forma de coacción a fin de obtener la confesión”⁵⁰; para otros en cambio es un mecanismo transaccional que puede ser utilizado por el acusado por razones tácticas y estratégicas en el diseño de su defensa frente a la imputación que le dirige el Estado.

Porque no resulta inconstitucional si el procesado declara de manera voluntaria la infracción penal; el problema de la inconstitucionalidad radica en la “exigencia de esa declaración para hacerse acreedor de la aplicación de un proceso abreviado y la eventual reducción de la pena”⁵¹, pues su obtención podría traspasar los límites y presupuestos legales que no son evidenciados dentro del proceso.

En nuestro ámbito procesal, el COIP establece que corresponde al fiscal proponer a la persona procesada y a su abogado defensor acogerse al procedimiento abreviado, posterior a lo cual, acordarán la calificación jurídica del hecho y la determinación de la pena⁵²; es decir, no existe un simple avenimiento de voluntad unilateral, sino un acuerdo entre partes, ofreciendo una de ellas la reducción de la pena por la infracción cometida a cambio de la confesión de la persona procesada.

Para unos, dicha afirmación constituye una declaración autoincriminatoria, es decir la persona relata los hechos por los cuales se autoinculpa; mientras que para otros lo que se produce es una conformidad, donde el imputado lo que hace es reconocer su participación en un hecho relatado por otra persona como lo es el agente fiscal.

Julio Maier sostiene que:

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Carolina Vanella, “Cuando la estrategia vence a la constitucionalidad”, en Edgardo Alberto Donna, dir., *Revista de Derecho Penal* (Argentina: Rubinzal Culzoni editores, 2012), 689

⁵¹ Alonso Salazar Rodríguez, “Suspensión del procedimiento a prueba y proceso abreviado. Un problema de constitucionalidad”, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal* (Buenos Aires, editores Ad-hoc, 2008), 567-8.

⁵² *COIP*, artículo 636.

El imputado y su defensor, al prestar conformidad para la abreviación del rito, deben admitir el hecho descrito en la acusación fiscal; tal expresión de voluntad no implica *confesión*, ni allanamiento a la consecuencia jurídica solicitada, pues, eventualmente, tanto si el tribunal admite proceder abreviadamente, como si no lo admite [...], es posible una valoración jurídica distinta del hecho [y] una pena diferente a la solicitada⁵³.

Por tanto para Maier, la declaración rendida por el procesado constituye una conformidad que no se puede equiparar con la admisión de culpabilidad; sino que se trata simplemente del cumplimiento de uno de los requisitos legales que permiten al procesado someter el caso al procedimiento abreviado.

No constituye una confesión ni un allanamiento a la pretensión del fiscal, porque corresponde al juzgador o tribunal verificar que la investigación se haya efectuado conforme a la ley, y los elementos de convicción recabados permitan determinar indudablemente la culpabilidad penal del acusado.

Solo ahí se podrá emitir una sentencia condenatoria, caso contrario corresponderá al juez declarar improcedente la tramitación de la causa por la vía del proceso abreviado, debiendo remitirla al conocimiento, sustanciación y juzgamiento por trámite ordinario, donde la declaración de culpabilidad pierde total relevancia, ya que no podrá ser usada como prueba en contra del acusado.

De esta manera se evita la puesta en peligro de la verdad real de los hechos, así como la solución consensuada del conflicto penal, sancionando a quien verdaderamente tiene responsabilidad penal.

Por su parte el COIP en el artículo 635 establece como una de las reglas de sustanciación del procedimiento abreviado, que la persona procesada consienta expresamente tanto la aplicación de este procedimiento como la admisión en el hecho que se le atribuye⁵⁴.

Dicha admisión constituye una declaración inculpatoria o de autoincriminación, y no de conformidad, puesto que el procesado deberá admitir ante el juez de garantías penales la responsabilidad de la infracción atribuida por el agente fiscal.

Previo a la realización de la audiencia del juicio abreviado, tanto el fiscal como el abogado defensor ya han acordado lo relativo a la formulación de cargos, la gravedad de la pena, y demás requisitos del procedimiento abreviado, de modo que lo

⁵³ Maier, "El proceso penal contemporáneo", 563.

⁵⁴ COIP, artículo 635 numeral 3.

que sucede en la audiencia es el reflejo únicamente de lo previamente pactado, por lo que cualquier vulneración a derechos u omisión de responsabilidades que se hayan producido en el transcurso de la investigación o proceso penal, ya fueron interna y previamente subsanados entre los sujetos procesales.

Esta admisión de responsabilidad aparentemente pone en colisión el derecho constitucional a la defensa prevista en el artículo 77 numeral 7 literal c) de la *norma normarum*, que señala: “nadie podrá ser forzado a declarar contra sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal”.

En este punto entonces, cobra relevancia el papel que desempeña el abogado defensor, puesto que deberá acreditar que la persona procesada haya prestado su consentimiento para el juicio abreviado de manera libre, sin presiones de ningún tipo ni contraviniendo sus derechos constitucionales conforme lo establece el numeral 4 del artículo 635 del COIP.

La defensa constituye un derecho subjetivo inviolable, una garantía objetiva para el sistema, una condición de regularidad del procedimiento tutelado por el interés público a la concreción del efectivo contradictorio en el proceso⁵⁵; en tal virtud, la defensa técnica no debe ser algo simplemente formal, sino que ésta debe ser efectiva, y sobre todo, garante de los derechos que le asisten normativamente al procesado.

Cuando la admisión de responsabilidad vertida por el procesado se encuentre viciada de coacción, intimidación o cualquier otra acción ilegal, corresponderá al abogado defensor impedir que se utilice esta declaración como requisito para que proceda el juicio abreviado.

Pero como lo mencioné anteriormente, a la audiencia se llega ya con el acuerdo previamente pactado, donde la acusación y la defensa revelan ante el juez el aparente cumplimiento de todas las reglas previstas en la normativa para que proceda este procedimiento.

Lo anterior a ello es lo que nos interesa, lo que no se ve en la audiencia, aquello que motiva a los sujetos procesales a sobrellevar su caso a través de un procedimiento abreviado, que si bien pueden ser causas lícitas o legales, también pueden existir circunstancias no previstas en la normativa, o ser contrarias a ella, lo que aparecería como un derecho penal subterráneo.

⁵⁵ Daniela Chinnici, *Defensa técnica y autodefensa en el proceso penal italiano: entre la necesidad de una defensa efectiva y el respeto de la elección defensiva en cuanto derecho del individuo* (Madrid: Civitas editores, 2006), 161

2. Marco general y aproximaciones doctrinarias del derecho penal subterráneo

Durante las décadas de los años 60, 70 y 80, América Latina vivió una época de represión por algunos regímenes, principalmente militares, quienes, a través de la violencia y represión, impusieron sus políticas y planes de gobierno en sus respectivos Estados. Al finalizar los mandatos, a través de la judicialización de sus actos en los organismos internacionales de derechos humanos, se pudo conocer la magnitud y alcance de la transgresión a derechos fundamentales como la vida, la libertad y la integridad cometidos en contra de la población.

Pero no solo en los regímenes dictatoriales o fascistas existieron (o existen) vulneración de derechos, sino que incluso en los considerados Estados democráticos y de derecho pueden llegarse a institucionalizar prácticas totalitarias y represivas en contra de determinados sectores, esto es, un sistema paralelo al previsto constitucionalmente, y que dada su ilegalidad, se presenta de manera clandestina en la sociedad.

El derecho penal en este ámbito es utilizado para atacar cierto tipo de conductas o disidencias ideológicas de aquellas personas consideradas enemigas de quienes detentan el poder⁵⁶, sobre los cuales se teme la producción de actos hostiles tendientes a desestabilizar la estructura del Estado, o también porque no decirlo, la hegemonía del poder.

En las décadas referidas, el comunismo y el narcotráfico eran las conductas a penar. Sin embargo, la mayor parte de estas ‘infracciones’, no se persiguieron ni sancionaron a través de jueces, tribunales, procedimientos jurisdiccionales o sentencias, sino que se lo realizó de una manera independiente al previsto en el orden constitucional e institucional, esto es, una persecución paraprocesal conocida genéricamente con el nombre de sistema penal subterráneo⁵⁷.

Entre el año de 1998 y el 2000, “sobre 6.443 actos de tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes registrados [en Latinoamérica], el porcentaje más alto (75%) [correspondió] a acciones atribuidas a funcionarios del Estado o personas que actuaron bajo su autorización o aquiescencia”⁵⁸.

⁵⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, *La cuestión criminal* (Buenos Aires: Planeta, 2011), 44 y siguientes.

⁵⁷ Gabriel Rafecas y Gabriela Andreozzi, *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina* (Buenos Aires: editores del Puerto, 2011), 85.

⁵⁸ Ávila, “La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos”, 45

Sabemos que el sistema penal es el “conjunto de agencias [o de entes] que operan la criminalización [tanto primaria como secundaria], o que convergen en la producción de ésta”⁵⁹; siendo las “agencias políticas (parlamentos y ejecutivos) quienes ejercen la criminalización primaria, en tanto que el programa que implican lo deben llevar a cabo las agencias de criminalización secundaria (policías, fiscales, jueces, agentes penitenciarios)”⁶⁰; pudiendo entonces estos últimos, en ocasiones, llevar a cabo actos que fueren contrarios al ordenamiento jurídico durante la configuración positiva del sistema penal, o en el ejercicio de control y contención del poder punitivo negativo⁶¹ que se llegare a presentar.

Las agencias policiales son quienes seleccionan y ejercen inicialmente el poder punitivo del Estado; las otras agencias influyen sobre éstas, ya sea limitándolas o impulsándolas, pero no ejercen directamente este poder⁶².

En tal virtud, la “justicia penal conformada por los jueces de todas las instancias, los fiscales y los abogados defensores [...], [si bien no seleccionan a los presuntos infractores], tienen un importante papel de control y contención sobre el ejercicio del poder punitivo negativo ejercido en ocasiones, por las agencias policiales”⁶³; debiendo entonces dichos órganos, sancionar el actuar irregular a fin de contener el poder punitivo ejercido de manera ilegal; caso contrario, si se ignora, o peor aún si se justifica dicho proceder, se estaría ampliando la posibilidad para que continúe, y a su vez se magnifique el denominado sistema penal subterráneo.

No se puede desconocer que “todas las agencias ejecutivas ejercen un poder punitivo paralelo, que es independiente de todo cauce institucional programado [...]. Este conjunto de delitos cometidos por operadores de las propias agencias del sistema penal [...] se lo conoce con el nombre genérico de sistema penal subterráneo”⁶⁴.

Zaffaroni define al derecho penal subterráneo, como el poder punitivo ejercido por las agencias ejecutivas al margen de cualquier legalidad o con marcos legales muy cuestionables, pero siempre fuera del poder jurídico⁶⁵; a través del cual, pretenden

⁵⁹ Zaffaroni, “Derecho penal parte general”, 17-8.

⁶⁰ *Ibíd.*, 6.

⁶¹ Eugenio Raúl Zaffaroni, “La cuestión criminal”, Suplemento especial de Página 12, No. 22 (2011), <https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/17-24.la_cuestion_criminal.pdf>, Consulta: 29 de mayo de 2018.

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*

⁶⁴ Zaffaroni, “Derecho penal parte general”, 13.

⁶⁵ *Ibíd.*, 14.

atender aquellas conductas que consideran producen resultados lesivos en nuestra sociedad.

Agrega además el tratadista que este “conjunto de delitos cometidos por operadores de las propias agencias del sistema penal es más amplio, cuando las ejecutivas son más violentas y están menos controladas por las otras agencias”⁶⁶. Dependiendo entonces la “magnitud y modalidades del sistema penal subterráneo [...], de las características de cada sociedad y de cada sistema penal, de la fortaleza de las agencias judiciales, del equilibrio del poder entre sus agencias, de los controles efectivos de los poderes”⁶⁷ y su independencia o intervención por parte de la Función Ejecutiva si se tratasen de regímenes presidenciales como el nuestro.

Aniyar de Castro por su parte al referirse a esta clase de derecho penal, habla de un sistema penal aparente y de un sistema penal subterráneo. El “sistema penal aparente tiene su diseño formal de Política Criminal que es fácilmente discernible de los textos legales, a partir de la Constitución. En tanto que el sistema penal subterráneo ejerce con prioridad la política criminal no formalizada”⁶⁸, entendida ésta como aquella política que es contraria a las prescripciones normativas⁶⁹ vigentes, ejecutada en un primer momento por las agencias policiales, y en caso de no ser controlada ni sancionada, involucraría también posteriormente a las agencias judiciales.

En ello concuerda el profesor Zaffaroni cuando señala que el sistema penal subterráneo sólo puede ser realizado por los funcionarios de las agencias ejecutivas (principalmente policías) al dar inicio a la configuración del poder punitivo a través de la selección criminalizante; pero es gracias a la participación activa u omisiva de los operadores de las demás agencias⁷⁰ (políticas, judiciales, penitenciarias, etc.) que este sistema penal ilegal, se ejecuta y mantiene en mayor o menor medida dentro de la sociedad.

Por tanto, en “términos jurídico penales, ante un sistema penal subterráneo de considerable extensión, en alguna medida todos los operadores de las agencias del sistema penal incurren en definiciones abarcadas formalmente en la criminalización

⁶⁶ *Ibíd.*

⁶⁷ *Ibíd.*

⁶⁸ Aniyar de Castro, “Rasgando el velo de la política criminal en América Latina, o el rescate de Cesare Beccaria para la nueva criminología”, (1990): 232, <http://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/1993/02/7_rasgando_el_velo_de_la_politica_criminal_america.pdf>, Consulta: 29 de mayo de 2018.

⁶⁹ *Ibíd.*

⁷⁰ Zaffaroni, “Derecho penal parte general”, 13.

primaria”⁷¹, esto es, en comportamientos descritos como infracciones por la normativa penal; y que gracias a su colusión entre las agencias policiales con las judiciales (principalmente), el sistema penal subterráneo continúa desarrollándose.

En este sentido, se puede afirmar entonces que si bien las agencias ejecutivas son quienes llevan a cabo de manera directa la configuración penal negativa conocida genéricamente como derecho penal subterráneo; los fiscales, jueces y defensores pertenecientes a las agencias judiciales, son en cambio quienes coadyuban en su ejecución a través de las acciones u omisiones realizadas en el desempeño de sus cargos, así como inciden en el nivel o magnitud que este sistema penal ilegal pueda tener dentro de una sociedad.

Los funcionarios públicos o las personas que actúan en virtud de una potestad estatal en algunas de las instituciones descritas en la Constitución, prevaliéndose de las facultades de su cargo, llevan adelante conductas que afectan derechos fundamentales, y que a su vez, conllevan la adecuación de su actuación en hechos punibles; sin embargo, las mismas no son expuestas abiertamente ante la sociedad, y en ocasiones tampoco ante la autoridad judicial, justamente por la ilegalidad de la que se hallan investidas; sin embargo, la mayoría sospecha o tiene conocimiento extraprocesal o extrajudicialmente de ello, pero no hace nada para sancionar o contener este poder punitivo ejercido de forma ilegal.

Si el papel de garante que actualmente ejerce la autoridad judicial, o el control constitucional o legal que deban realizar los órganos estatales, se muestran indiferentes ante las vulneraciones de derechos humanos provenientes de sus propios funcionarios; de a poco, se empieza a ceder espacio al derecho subterráneo, quien a través de las agencias ejecutivas, se ‘encargaría’, a su manera y con actuaciones cuestionables o incluso ilegales, de las conductas consideradas productoras de afectaciones ético-sociales. Se crea un sistema paralelo al penal, el Estado comienza a flexibilizar garantías constitucionales, lo cual con la participación activa u omisiva de los operadores de justicia, nos conducirían a una afectación sistémica de derechos humanos y garantías procesales.

Toda institución estatal ejerce, en mayor o menor medida, un poder distinto al otorgado normativamente. Pero es el abuso de este poder discrecional lo que conlleva a que se institucionalice la “pena de muerte (ejecuciones sin proceso), desapariciones,

⁷¹ *Ibíd.*

torturas, secuestros, robos, botines, tráfico de tóxicos, armas y personas, explotación del juego, de la prostitución⁷², de la coacción y tortura para obtener una confesión, etc.

Contrario a lo que se podría pensar, el sistema penal subterráneo no es propio de aquellos países que se consideran en vías de desarrollo, sino que incluso en los países de democracias más avanzadas, existe una crisis profunda y creciente del derecho que se manifiesta en diversas formas y en múltiples planos, otorgándole cada vez mayor prevalencia a la intervención punitiva del Estado a través de la flexibilización de derechos y garantías procesales.

Cuando los parámetros reguladores de la Constitución tienden a limitarse, y en la “medida en que el discurso jurídico [empieza a] legitimar el poder punitivo discrecional y, por ende, renuncia a realizar cualquier esfuerzo por limitarlo, está ampliando el espacio para el ejercicio del poder punitivo por los sistemas penales subterráneos⁷³.”

2.1. Derecho penal subterráneo en el Ecuador: la eficiencia judicial y la determinación cuantitativa de la pena, como elementos que inciden en la configuración, o no contención del derecho penal subterráneo en el procedimiento abreviado.

Recordando un poco la historia democrática de nuestro país, y conforme consta en el informe presentado por la Comisión de la Verdad del Ecuador encargada de investigar casos de violaciones a derechos humanos ocurridos entre 1984 y 2008; durante el régimen del ex presidente León Febres Cordero (1984-1988), se produjeron cerca del 70% de la totalidad de violaciones a derechos humanos registrados, como tortura, privación ilegal de la libertad, violencia sexual, ejecuciones extrajudiciales, atentados contra la vida⁷⁴, entre otros.

No solo ello, sino que en el plano judicial nuestro país ha recibido varios llamados de atención por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, quienes al comprobar casos en los cuales se transgredieron varios artículos de la

⁷² Zaffaroni, “Derecho Penal parte general”, 14

⁷³ *Ibíd.*

⁷⁴ Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica-Andes (Ecuador), “Presidente de Ecuador pide perdón a nombre del Estado por violaciones de DD.HH. ocurridas desde 1984” <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/presidente-ecuador-pide-perdon-nombre-estado-violaciones-ddhh-ocurridas-1984.html>>, Consulta 19 de octubre de 2017.

Convención Americana, en especial aquellos que se refieren a la libertad personal, así como las mínimas garantías judiciales que se deben observar en el procesamiento de cualquier individuo, condenó al Estado ecuatoriano al pago de indemnizaciones, y la adopción de mecanismos orientados a reparar integralmente a las víctimas.

Por mencionar algunos, el caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*⁷⁵ y *Daniel Tibi vs. Ecuador*⁷⁶.

El primero de ellos tiene como antecedente el arresto efectuado al señor Rafael Iván Suárez Rosero por agentes de la Policía Nacional del Ecuador el 23 de junio de 1992 en el marco de una operación denominada ‘Ciclón’, cuyo objetivo era desarticular a una de las más grandes organizaciones del narcotráfico internacional.

La Corte IDH, verificó que su aprehensión se llevó a cabo sin orden emitida por autoridad competente, y sin haber sido sorprendido en delito flagrante como lo había manifestado la policía y base sobre la cual justificó su detención.

Desde el 23 de junio hasta el 28 de julio de 1992, el señor Suárez Rosero estuvo incomunicado, no se le permitió recibir visitas de sus familiares o comunicarse con un profesional del Derecho; permaneció privado de su libertad bajo la figura de prisión preventiva por aproximadamente cuatro años; y además recibió presiones y amenazas por parte de agentes policiales y del GIR para que aceptara su implicación en el delito de tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas por el cual se lo acusaba.

La Corte por unanimidad declaró que el Estado ecuatoriano violó en perjuicio del señor Rafael Iván Suárez Rosero, varios numerales de los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos referentes a la integridad personal, derecho a la libertad, garantías judiciales, protección judicial, entre otros.

En el segundo caso denominado *Tibi vs. Ecuador*, inicia con la detención por parte de agentes de la Interpol sin orden judicial el 27 de septiembre de 1995 al señor Daniel Tibi de nacionalidad francesa, detención que tenía como fundamento una sola prueba consistente en la declaración forzada de un coacusado. Al momento de su detención, no se le permitió al señor Tibi comunicarse con su pareja ni con el Consulado de su país. Luego, fue trasladado en avión a la ciudad de Guayaquil, donde

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, [caso Suárez Rosero vs Ecuador], sentencia de 12 de noviembre de 1997, Serie C No. 35.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, [caso Tibi vs Ecuador], excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 7 de septiembre de 2004, Serie C No. 114.

fue recluido en una cárcel y quedó detenido ilegalmente bajo la figura de prisión preventiva por aproximadamente veintiocho meses.

A pesar de que el señor Tibi en varias ocasiones les indicó a las autoridades que era inocente de los cargos que se le imputaban, fue torturado, golpeado, quemado electrocutado y asfixiado para obligarlo a confesar su participación en un caso de narcotráfico, así como su pertenencia a la banda delictiva denominada ‘los camarones’.

La Corte IDH, declaró por unanimidad que el Estado ecuatoriano violó el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 7.1, 7.2, 7.3, 7.4 y 7.5; el derecho a la libertad personal y a la protección judicial previsto en los artículos 7.6 y 25; derecho a la integridad personal consagrado en el artículo 5.1, 5.2 y 5.4; y el derecho a las garantías judiciales previsto en el artículo 8.1, 8.2 literales b), d), e); y, g) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En los casos referidos, a más de las graves violaciones a los derechos humanos, se identifica como practica reiterativa por parte de algunos de los funcionarios del Estado, la presión ejercida a los detenidos a fin de que acepten su responsabilidad en los delitos por los cuales se los acusaba. Maltratos físicos, psicológicos, tortura, entre otros, eran los procedimientos rutinarios aplicados por las agencias ejecutivas del Estado en la investigación y procesamiento de las personas sobre las cuales se sospechaba la comisión de alguno de los delitos previstos en la ley de sustancias estupefacientes y sicotrópicas vigente en aquella época.

Lejos de estar permitido o justificado legalmente la realización de dichas prácticas, éstas se encontraban prohibidas y sancionadas tanto por el ordenamiento jurídico nacional, así como por los tratados y convenios internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por el Ecuador. Por tanto, no era la falta de regulación normativa, sino la debilidad de las agencias judiciales, la falta de control efectivo de los poderes del Estado, los discursos político-penales a favor de la expansión del poder punitivo estatal; quienes permitieron el avance, e incluso la cotidianización de estas prácticas subterráneas y lesivas de derechos fundamentales en la investigación de ciertas conductas penales.

Como lo señala el profesor Rafecas, la “tortura junto con la esclavitud han sido- en especial después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial- prácticas formal y universalmente repudiadas por los diferentes instrumentos internacionales de

protección de los derechos humanos”⁷⁷; empero, la historia que gira en torno a la tortura, ha pasado por estadios en los cuales ha sido legalmente reconocida como una herramienta de investigación criminal hasta, a pesar de ser penalizada, sobrevivir en las prácticas cotidianas de las agencias policiales, con mayor fuerza y expresión, en los regímenes autoritarios que proliferaron en el siglo XX⁷⁸.

Ello nos invita a pensar que, a más de la normativa penal como resultante programática del derecho constitucional⁷⁹ vigente en una nación; dependerá de la política punitiva adoptada por el gobierno de turno, y la posición que frente a ella tomen los operadores de justicia en su conjunto, quienes determinen el reforzamiento de un Estado respetuoso de los derechos y garantías procesales; o en su defecto, permitan que se lleven a cabo de manera subterránea las más graves violaciones a derechos humanos conforme lo señalado precedentemente.

Con la Constitución Política del año de 1998, pero sobre todo con la actual Constitución de la República del año 2008, en nuestro país operó una importante reforma en torno al respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales que deben observar las agencias policiales y operadores de justicia en general en el cumplimiento de sus deberes; sin embargo, todavía no se logran desterrar prácticas procesales que atentan contra garantías judiciales y derechos humanos básicos; y que por el contrario, mejor se han ido adoptando normas que avalan una legalización de violencia estatal en busca de una mayor eficiencia, supuestamente para brindar mayor seguridad a la ciudadanía.

Como lo señala el profesor Alberto Binder, durante la última década la legislación penal ha ido incorporando mecanismos a través de los cuales se pretenden evitar la comisión de aquellas acciones que se consideran producen graves daños a los ciudadanos, así como la atención al dolor de las víctimas mediante una reparación integral y oportuna que permita desmitificar de a poco la idea generalizada de lentitud e impunidad que la justicia recrea. En ese orden de sucesos, las autoridades del Estado nos sorprenden con estructuras que evidencian violencia sin control y “argumentaciones renovadas a favor de las limitaciones al derecho de defensa, el

⁷⁷ Daniel Eduardo Rafecas, *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*, primera edición (Buenos Aires: editora del Puerto, 2010), 85-7.

⁷⁸ *Ibíd.*, 8

⁷⁹ Zaffaroni, “La emergencia del miedo”, 148-9

secreto de la actuación pública o directamente la apología de formas no tan solapadas de la vieja tortura”⁸⁰.

Uno de estos mecanismos es el procedimiento abreviado, que como se lo explicó en el subcapítulo anterior, permite al Estado disponer del caso rápidamente, manteniendo el carácter penal del interés social supuestamente afectado por la ejecución de una conducta, y ello a su vez, permite que la ciudadanía mantenga la confianza en el sistema, al mostrarse éste, aparentemente efectivo.

Ahora bien, los estudios del procedimiento abreviado se han centrado básicamente en dos puntos: el primero relativo al tema de la eficiencia judicial, debido a las críticas que ha recibido la administración de justicia por la excesiva duración de los juicios, cuyas teorías pragmáticas a través de estas alternativas procesales, pretenden corregir la falta de resultados, más aún cuando se crea un sistema caracterizado por tener un gran número de personas detenidas, pero sin sentencia. El segundo punto es el atinente a la posibilidad de otorgar o no validez al resultado obtenido producto de la negociación realizada entre el fiscal y el procesado; o sea si el acusado tiene suficiente autonomía para llevar adelante su voluntad y de esta manera dar cumplimiento a los requisitos previstos en el artículo 635 del COIP, sobre todo, aquel relativo al hecho de consentir expresamente tanto la aplicación del procedimiento, como la admisión del hecho que se le atribuye, lo cual constituye claramente una afectación a derechos y garantías del debido proceso.

Las garantías, como señala el Profesor Ramiro Ávila tienen como objetivo:

Evitar que cualquier persona que no ha hecho nada malo sea enjuiciada injustamente y peor aún condenada. También tiene como objetivo velar porque las personas que han cometido delitos sean tratadas como seres humanos y no como personas que, por cometer delitos, han perdido los derechos y dejan de ser humanos [...]. Sin garantías, por algún capricho del poder, cualquier ‘bueno’ puede convertirse en malo y sentir el dolor que provoca el poder penal⁸¹.

El desempeño responsable de la totalidad de los operadores del sistema es la primera garantía que debe asegurarse, a fin de que no se produzcan usos maliciosos de la ley o la completa inobservancia de la misma en desmedro de los procesados.

⁸⁰ Alberto Binder, “Tensiones político-criminales en el proceso penal”, *Institutos de Altos Estudios de derecho penal y derecho procesal penal comparado*, No. 5 (2007): 25, URL: <2007.http://iaepenel.com/revista/index.php?option=com_content&view=article&id=1581:tensiones-politico-criminales-en-el-proceso-penal1&catid=299:numero-5&Itemid=550>.

⁸¹ Ávila, “La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos”, 45

La intervención penal por tanto debe ser confinada al respeto de los derechos y garantías reconocidos. Las deficiencias que presente el Estado en cuanto al control de la criminalidad o tasas de seguridad, así como la judicialización oportuna de dichos actos, no pueden claudicar ante el reconocimiento de derechos esenciales como la vida, libertad e integridad, ni afectar tampoco aquellas garantías básicas que forman parte del debido proceso.

Sin embargo, cuando el respeto de los derechos, así como el aseguramiento de las garantías depende exclusivamente de las instituciones del Estado y sus funcionarios, el riesgo de que estas limitaciones al poder punitivo sean vulneradas por los propios burócratas, en perjuicio de las personas y en beneficio de la política criminal vigente en ese momento, es mucho mayor.

Relaciono el tema de la eficiencia judicial con el derecho penal subterráneo, por la presión que generaría la evaluación y medición del trabajo al que se hallan sometidos los operadores de justicia, evaluación que en sí no es mala, pero cuando se legaliza la idea de que es mejor fiscal quien promueva más llamamientos a juicio u obtenga sentencias condenatorias; o es mejor juez quien emita el mayor número de resoluciones y sentencias sin importar su contenido, hace que se pervierta la idea de eficiencia y se busque por cualquier medio cumplir con los niveles de evaluación establecidos por los órganos competentes, corriendo el peligro de que en el camino se hayan producido afectaciones a derechos y garantías constitucionales que obviamente no forman parte del análisis de la estadística presentada.

Esta visión particular de la eficiencia, conlleva a que se instaure un nuevo “modelo de justicia penal [denominado] eficientismo penal. Se trata de un modelo de derecho penal de la emergencia, edificado sobre esa noción particular de la eficiencia, a partir de la cual se privilegia [la misma], sobre los derechos fundamentales y las garantías legales y constitucionales”⁸².

Se trata de un derecho penal que se estructura a partir de una “lógica de fines en la cual prevalece la mera razón instrumental sobre la razón valorativa. Es un derecho penal que se expande de una manera incontrolada”⁸³.

Alessandro Baratta sostiene que el “eficientismo penal es una nueva forma del derecho penal de la emergencia, que es la enfermedad crónica que siempre ha

⁸² Alejandro David Aponte, *Juez constitucional y nuevo eficientismo penal: dilemas hacia el futuro del derecho público en Colombia* (Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung editores, 2000), 693.

⁸³ *Ibíd.*

acompañado la vida del derecho penal moderno”⁸⁴, donde los operadores de justicia solo buscan resultados para demostrar su trabajo.

Dicha teoría pretende hacer más eficaces las reacciones penales aumentando su intensidad, mejorando el funcionamiento de los órganos judiciales en la lucha contra la criminalidad con el mínimo esfuerzo y energía, tratando de que la ciudadanía tenga mayor confianza en el sistema judicial, y de esta manera le reste importancia el tener que dejar a un lado derechos a cambio de más seguridad, justicia pronta, eficiente y eficaz⁸⁵.

En estas circunstancias la eficiencia judicial aparece como un fin absoluto, donde los medios utilizados para su logro no tienen relevancia, y lo que interesa son los resultados. Se da a conocer un resultado final abstracto, eludiendo la realidad de negación cotidiana de derechos y garantías por parte de la justicia penal de emergencia.

Es en la escuela funcionalista (cuyo estudio rebosaría el objeto de investigación de este trabajo) donde nace el eficientismo, autores como como Bernd Shünemann y Shmifhauser en Alemania, Mir Puig, Juan Bustos Ramírez y Francisco Muñoz Conde en España, consideran que constituye un nuevo sistema racional penal que contiene un dinámico y eficaz sistema con procesos y procedimientos rápidos y efectivos los cuales descansan sobre bases políticos-criminales de la moderna teoría de los fines de la pena⁸⁶ y que fueron explicadas en el subcapítulo anterior.

Seguramente donde más coerción genera la negociación derivada del juicio abreviado, es cuando el acusado se encuentra privado de su libertad, cuando la ineficiencia del sistema judicial pretende ser solucionada a través de una declaración de culpabilidad, que si bien en ciertos casos puede ser dada en forma voluntaria a fin de beneficiarse de cierta indulgencia en su condena; también esta declaración puede ser obtenida a través de prácticas coercitivas, como se lo pretendió hacer en los casos referidos anteriormente y que fueron sancionados por la Corte IDH; o por ejemplo la declaración hecha por un acusado sometido al *plea bargaining* en Estados Unidos y que consta en las respectivas transcripciones procesales, que dicen: “me he declarado culpable de un homicidio en segundo grado porque me dijeron que había mucha prueba en mi contra, pero yo no le he disparado a nadie [...]. Yo sólo admití mi culpabilidad

⁸⁴ Alessandro Baratta, *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos* (Bogotá: ciencias jurídicas, 1998), 63.

⁸⁵ Niklas Luhman, *El derecho en la teoría de la sociedad* (Barcelona: editorial Bosch, 1993), 262-5.

⁸⁶ Claus Roxin, *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*, traducido por Francisco Muñoz Conde, (Buenos Aires: editorial Hammurabi, 2000), 66.

porque me dijeron que si no lo hacía, me enviarían a la cámara de gas [...]. No soy culpable, pero me declaré culpable”⁸⁷.

Según cifras del Ministerio de Justicia, actualmente en el Ecuador existen 10.000 presos sin sentencia⁸⁸; es decir, personas que se encuentran privadas de la libertad por medidas cautelares como la prisión preventiva y que están a la espera de que el sistema atienda su situación procesal, sea emitiendo una sentencia condenatoria ejecutoriada, o por el contrario ratifique su estado de inocencia; entre tanto siguen siendo espectadores de un Estado que restringe derechos rápidamente, pero que actúa totalmente distinto cuando de garantizarlos se trata.

La política de eficiencia procesal actual, también involucra el asunto referente a la suspensión o diferimiento de audiencias⁸⁹, hechos que se han pretendido evitar al máximo y a cualquier costo, lo cual está convirtiendo a la defensa penal en el simple cumplimiento de un requisito que permita llevar adelante el ritual procesal.

Ya no se ve a este derecho como un mecanismo a través del cual se asegura el respeto a las garantías procesales del acusado o se brinda asistencia jurídico-técnica a su favor, sino que ahora parecería ser que se la ha rebajado a la categoría de formalidad, la cual queda asegurada al momento en que el abogado defensor se presenta en las diferentes etapas del proceso penal, para dar por sentado que se ha respetado y garantizado el debido proceso, independientemente del resultado obtenido o que ésta haya sido ejecutada de una manera responsable y adecuada.

Cada vez se hace más común, sobre todo en aquellos casos patrocinados por defensores públicos (que son la mayoría por cierto), ver un sinnúmero de abogados que solo llegan a los juzgados a ‘pasar la audiencia’; y que mejor si ante la falta de preparación en el caso, se le presenta la posibilidad de resolver el conflicto penal mediante un procedimiento abreviado. Ya no se analiza que los elementos de convicción logrados por la Fiscalía hayan sido obtenidos legalmente, o que la evidencia presentada en contra del acusado sea contundente, ahora solo importa salir rápido del caso, y que mejor si para ello el fiscal nos ofrecen una reducción en la pena.

⁸⁷ Langbein, “Tortura y plea bargaining”, 19.

⁸⁸ Ministerio de Justicia: “Ministra de Justicia participó en el debate de reformas al COIP” <<http://www.justicia.gob.ec/ministra-de-justicia-participo-en-el-debate-de-las-reformas-al-coip/>>, Consulta: 27 de octubre de 2017.

⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Función Judicial*, en Registro Oficial, Suplemento No. 544 (9 de marzo de 2009), artículos 109 numeral 17; 147.1; y, 337

Duras son las críticas que se escuchan en contra de los defensores públicos cuyo estamento también se ha visto influenciado por el tema de la eficiencia procesal, en donde cada vez tiene mayor relevancia la cantidad de personas que hayan patrocinado, que la calidad de la defensa ejercida, lo cual se evidencia en el resultado procesal obtenido. A ello se suma la desigualdad de recursos que tiene este organismo en comparación con la Fiscalía, lo cual demuestra hacia a donde apunta el interés del Estado con relación a la política criminal.

Estas y otras circunstancias son las que han ido sembrando desconfianza en la calidad de la defensa que brinda un defensor público o de oficio, cuya actuación, más que garantizar un derecho al ser parte contradictora del conflicto, ha ido convirtiendo su intervención, en una ritual y silenciosa comparsa⁹⁰ del proceso penal.

En tal virtud, al procedimiento abreviado no solo hay que medirlo desde la eficiencia fiscal, sino también desde el punto de vista de la defensa pública, cuyo parámetro de evaluación también se verá beneficiado si se obtiene una salida rápida y negociada del conflicto, concentrando de esta manera sus energías y recursos en las infracciones que consideran producen afectaciones más graves en la sociedad, y sobre las cuales no es posible realizar un procedimiento abreviado.

En otros términos: “muchas condenas rápidas y baratas, disminución del trabajo de los [sujetos procesales y jueces], y el acto de fe de los condenados consistente en persuadirse de haber logrado una disminución en el monto de la pena virtualmente adjudicable”⁹¹ a cambio del reconocimiento de culpabilidad, es lo que ha dado sustento a esta forma procesal.

Lo que si habría que recordar es la experiencia que han tenido otros países con relación a estos procedimientos sumarios (que por cierto es mucho mayor de la que nosotros tenemos), donde la cotidianidad jurídico procesal crea un resultado distinto del esperado; es decir, el procedimiento abreviado o cualquier otra forma procesal que pretende juzgar en menor tiempo una infracción penal, no constituyen remedio alguno en contra de la ineficiencia del sistema, sino que son tan sólo paliativos, que en la mayoría de las veces, ocultan dicha problemática a cambio de la renuncia a principios fundamentales del sistema penal.

Ahora se ha dado por considerar al cúmulo de garantías que cubren a quien es sometido a un proceso penal, ya no como el instrumento a través del cual se pueden

⁹⁰ Ferrajoli, “Lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal”, 40.

⁹¹ Bovino, “Procedimiento abreviado y juicio por jurados”, 74.

hacer efectivos los derechos reconocidos a nuestro favor; sino que se los refiere como tecnicismos jurídicos⁹² que obstaculizan la labor de la fiscalía y policía en la adecuada persecución de los delitos cometidos.

A parte de la eficiencia judicial, la admisión de responsabilidad por parte del procesado respecto al delito atribuido constituye otro de los elementos más cuestionados por la doctrina, que ha llevado incluso a que ciertos tratadistas equiparen a esta forma de juzgar con el sistema procesal inquisitivo de siglos pasados, al dudarse del carácter voluntario de dicha declaración, la cual en este caso, puede ser producto de una inducción o coerción prohibida por los resguardos constitucionales y legales que asisten al procesado.

Y es que “los derechos humanos nunca corren un peligro tan grave como cuando sus únicas garantías son las instituciones políticas y aquellos que desempeñan cargos oficiales en tales instituciones”⁹³. Por ello considero que el reconocimiento realizado por el acusado en el hecho atribuido, o en términos más sencillos, la autoincriminación exigida al procesado como uno de los requisitos para el juicio abreviado, constituye el segundo elemento sobre el cual se produce el derecho penal subterráneo. Dicha proposición estará sujeta a la comprobación del análisis y estudio de casos prácticos suscitados principalmente en la Unidad de Flagrancia de Quito que serán desarrollados en el próximo capítulo.

Se dice que a través de esta modalidad procesal el fiscal puede sentirse motivado a buscar por cualquier medio la declaración de culpabilidad de quien se sospecha el cometimiento de una infracción; con la única diferencia de que ahora ya no se emplean medios rústicos en la tortura, como el potro, la bota española, entre otros para lograr una confesión; sino que actualmente se los amenaza con la pena cuya gravedad varía sustancialmente entre el procedimiento ordinario y el juicio abreviado.

Por supuesto que existe “una diferencia entre soportar la destrucción de los miembros del propio cuerpo si uno se rehúsa a confesar; o sufrir algunos años adicionales de privación de libertad; pero la diferencia es cuantitativa, no cualitativa”⁹⁴ lo que hace que este proceso siga siendo coercitivo, al igual que la tortura.

⁹² Ramiro García Falconí, *Temas fundamentales del derecho procesal penal*, tomo I (Quito: Cevallos editora jurídica, 2011), 22.

⁹³ David Garland, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (México: editorial siglo XXI, 1999), 288.

⁹⁴ Langbein, “Tortura y plea bargaining”, 15.

El *plea bargaining* y el procedimiento abreviado son formas procesales que convierten fácilmente al castigo penal, en una fuente de extorsión que afecta principalmente al más débil o vulnerable, aquel que carece de los recursos económicos suficientes para acceder a una defensa de calidad, motivo por el cual, y ante lo inminente de una condena, no tiene otro recurso que aceptar la propuesta que le haga el fiscal en la negociación o regateo de la pena, pues de lo contrario, simplemente lo amenaza con imponerle una pena mucho más grave a la ofrecida, hasta quebrantar su deseo de someterse a un juicio ordinario.

De este modo dicha forma procesal ha conseguido “reducir el número de presos preventivos, puesto que se los condena a todos rápidamente. Además, se trata de un recurso que llena otro requisito fundamental para la selectividad estructural del poder punitivo: perjudica sólo a quienes tienen menores recursos; el resto puede incluso beneficiarse con él”⁹⁵.

Es ilusorio, sostienen algunos tratadistas, pensar que la coerción no está presente en el proceso penal, ya que la misma existencia de éste la implica necesariamente⁹⁶; pero ésta es mucho mayor cuando se requiere obtener algo del acusado, lo cual nos aseguraría una salida pronta del caso obteniendo a su vez una sentencia condenatoria.

La coerción en este caso pretende evitar que la causa sea llevada a un juicio ordinario, donde la actividad probatoria, así como el ejercicio profesional demandan de mayor recursos y preparación; y a pesar de ello, el resultado sigue siendo incierto, porque si bien puede obtenerse una sentencia condenatoria en contra de la persona, también puede resultar ratificado su estado de inocencia. Entre tanto que el juicio abreviado conlleva siempre a que el procesado reciba una pena, la cual en su mayoría se encuentra sujeta a aquella sugerida por el agente fiscal y que fue utilizada para negociar, o tal vez incluso para presionar al procesado para que admita su culpabilidad en el hecho atribuido.

Entonces, ¿hasta qué punto puede entenderse que una confesión ha sido prestada libremente?

⁹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Proceso penal y derechos humanos: códigos, principios y realidad*, (Buenos Aires: 2002), 19, citado por José Hidalgo Murillo, “El juicio oral abreviado”, primera edición (2011):” 128.

⁹⁶ José Daniel Hidalgo Murillo, *El juicio oral abreviado*, primera edición (México, editorial Porrúa, 2011), 79.

La libertad de la que debe gozar el procesado al momento de rendir su declaración, no solo aquella relativa al procedimiento abreviado, sino cualquiera que deba darse dentro del proceso penal, debe evitar al máximo cualquier “acto o situación de coacción, sea [ésta] física o moral. [Porque] no sólo la tortura o el tormento deben entenderse como actos coercitivos, sino también todo tipo de amenazas, juramentos, cargos, promesas ilegítimas, engaños u otras circunstancias que menoscaben la declaración libre”⁹⁷.

Según el doctor Hendler, el valor probatorio de lo declarado por el acusado, dependerá de que el sujeto haya sido informado previamente de los derechos y garantías que le asisten. De manera tal que su declaración no sea solo una manifestación voluntaria, sino además “producto del reconocimiento consciente de sus derechos y posibilidades [...]. La única manera de compensar lo coactivo de la situación en la cual se halla el individuo [...] consiste en que tenga garantizado cierto ámbito de autodeterminación, el cual únicamente puede tener lugar si se encuentra en libertad”⁹⁸, acompañado de la defensa técnica que al momento de declarar le puede brindar su abogado, así como el control jurisdiccional de dicha declaración.

Y si bien la defensa puede encontrarse en desventaja ante el órgano acusador por todos los medios y recursos que éste último tiene a su disposición; la presencia de un abogado reduce la posibilidad de que se vulneren derechos fundamentales o garantías procesales de quien en determinado momento enfrenta al poder punitivo estatal.

Lo cierto es que esta forma de juzgar constituye una concesión estatal, ya que solamente el fiscal podrá proponer al abogado defensor acogerse al procedimiento abreviado conforme lo establece el artículo 636 del COIP; por tanto, si el fiscal no quiere resolver el caso a través de este procedimiento especial, la defensa no podrá someter su caso al juicio abreviado, ni tampoco se le reconoce acción o recurso alguno a través del cual pueda apelar la decisión del ente acusador.

De allí entonces que se sostenga que la admisión de culpabilidad no constituya un acto voluntario, sino que más bien supondría un proceso combativo donde el fiscal sale a buscar dicha confesión que facilite su trabajo investigativo y procesal. “No nos sentamos a conversar sobre el exacto contenido de un paso procesal inevitable, sino

⁹⁷ Carolina Vanella, “Cuando la estrategia vence a la constitucionalidad”, 693.

⁹⁸ *Ibíd.*, 694.

salimos a ofrecer descuentos”⁹⁹ en la pena, poniendo siempre sobre la mesa la gravedad que ésta podría tener en caso de que no acepten la propuesta del fiscal y decidan sustanciar su causa mediante un procedimiento ordinario.

Para que esta forma de sustanciar las causas penales funcione, debe existir una diferencia significativa entre la pena pactada con el fiscal y la pena que se impondría en un juicio. Sin esta diferencia, el imputado no tiene incentivo alguno para colaborar con el Estado, que de todos modos pretende aplicarle una sanción penal.

Contrarios a esta afirmación, hay quienes en cambio niegan la coacción o extorsión que produce la negociación de la pena en el juicio abreviado, debido a que los “jueces no se encuentran atados a la solicitud de pena de los fiscales, y ese riesgo de extorsión quedaría entonces minimizado en la realidad”¹⁰⁰.

Pero aún ellos reconocen que la privación de la libertad, es una situación que puede incidir en el acusado para que admita su participación en la infracción atribuida, aun cuando ello no sea verdad. Pero en dicha situación, la “presión no es ejercida por ninguno de los operadores del sistema, sino por el propio estado de detención que actuaría objetivamente de modo coactivo. Así el imputado podría llegar a admitir su culpabilidad por un hecho del que no es responsable”¹⁰¹, o dejar de ejercer su derecho a la defensa cuando se le advierta de las posibilidades que tiene de no ser absuelto en un juicio ordinario.

Frente a ello, y a fin de erradicar la negociación de confesiones a cambio de reducciones en la pena, Ferrajoli propone como forma de combatir dicha costumbre procesal, “la absoluta prohibición legal de atribuir relevancia penal al comportamiento procesal del imputado”¹⁰².

Otro de los beneficios que algunos de los expertos atribuyen a este procedimiento especial, es que sirve como una alternativa para quien verdaderamente cometió una infracción.

El perfil defensivo en este caso, encuentra en el procedimiento abreviado la táctica perfecta para lograr una disminución en la condena de quien difícilmente se podría lograr una absolución. En este caso el procedimiento abreviado constituye un mecanismo transaccional, que puede ser utilizado por el procesado, por razones

⁹⁹ *Ibíd.*, 690.

¹⁰⁰ Aguirre, “El juicio penal abreviado”, 105.

¹⁰¹ *Ibíd.*, 116.

¹⁰² Gabriel Ignacio Anitua, “Tortura y plea bargaining”, en Julio Maier y Alberto Bovino, comps., *El procedimiento abreviado* (Buenos Aires: editores del Puerto, 2011), 153.

tácticas y estratégicas¹⁰³, en la preparación de su defensa frente a la acusación realizada por el agente fiscal.

Desde esta perspectiva, no puede entonces negársele a la persona acusada del cometimiento de una infracción penal que desea colaborar con la justicia en la determinación de responsabilidad, una reducción en la gravedad de la pena, como efectivamente se lo hace ahora cuando existen atenuantes del tipo o a través de la denominada colaboración eficaz. Siempre aquello que disminuya o límite de cierta manera el poder con el que interviene el aparato punitivo estatal, debe ser visto como un avance en la sociedad, más aún cuando la memoria jurídica de nuestro país destaca innúmeros casos de violación a derechos humanos, casos de corrupción en la justicia, ineficiencia, entre otros.

Lo que no se puede, ni debe permitir, es que se utilicen a los derechos y garantías constitucionales como instrumentos negociadores en la determinación de la gravedad de la pena, donde su restricción o completa vulneración, pretenden ser compensados otorgando a quien decline su posición aparentes beneficios penales.

Los principios y derechos conforme lo establece el artículo 11 numeral 6 de la Constitución de la República, son inalienables, irrenunciables, interdependientes y de igual jerarquía, motivo por el cual, mal podrían ser descartados o vulnerados a cambio de una pretendida eficiencia judicial, o peor aún, que las propias agencias estatales valiéndose de esta forma procesal, lleven a cabo prácticas que estén fuera de los marcos legales o los ejecuten con marcos legales muy cuestionables a fin de asegurar cierto resultado procesal, lo cual evidenciaría la presencia de un derecho penal subterráneo en el juicio abreviado.

A partir de la entrada en vigencia del COIP, 4.250¹⁰⁴ detenidos se han acogido al procedimiento abreviado, unos entendiendo los riesgos y la responsabilidad que ello implica, otros tal vez por presión o engaño del fiscal y en algunos casos hasta por ineptitud de su abogado defensor.

Dichas circunstancias ilegales o cuestionables, no se evidencian en las etapas procesales, por lo cual, a veces ni siquiera son percibidas o sujetas al control que debe ejercer la autoridad judicial; sin embargo, tanto el fiscal como el abogado defensor se

¹⁰³ Vanella, "Cuando la estrategia vence a la constitucionalidad", 712.

¹⁰⁴El Comercio (Quito), "4250 detenidos se acogieron a un juicio que les redujo la pena", <<http://www.elcomercio.com/actualidad/250-detenidos-acogieron-juicio-les.html>>, Consulta: 22 de mayo de 2016.

presentan a la audiencia con el cumplimiento irrestricto de las reglas procesales a fin de que se continúe el tratamiento del caso vía juicio abreviado.

Dicha confesión, necesaria para que proceda este juzgamiento especial, en ocasiones puede hallarse viciada de falsedad¹⁰⁵ tratándose de encubrir a otros partícipes de la infracción, evitándose así que se conozca la verdad; el procesado a su vez obtiene una salida rápida a su situación penal con una reducción en su condena.

Todo el “sistema de garantías queda así desquiciado: el nexo causal y proporcional entre delito y pena, ya no dependerá de la gravedad del primero, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación”¹⁰⁶.

Además, se corre el peligro de que en la práctica esta forma procesal se convierta en la principal forma de juzgar, provocando una “importante perversión burocrática y policial de una buena parte de la justicia penal, trasformando el juicio en un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar sus costes y riesgos”¹⁰⁷.

Como ya se mencionó anteriormente, a partir de la inauguración de la Unidad de Flagrancia de Quito y la entrada en vigencia del COIP, el número de casos que han sido resueltos mediante el procedimiento abreviado ha ido en aumento, superando incluso a los delitos flagrantes sentenciados mediante un juicio ordinario; pareciendo ser entonces que más que un procedimiento especial y excepcional, éste se ha convertido en la principal forma de juzgar, cediendo cada vez más espacio a que el juicio ordinario se convierta en un lujo reservado a pocos conforme lo ha referido el profesor Ferrajoli.

Por ello considero que el Ecuador, “con un sistema penal de grosera selectividad, con instituciones judiciales y policiales recurrentemente atacadas por denuncias de corrupción e ineficiencia, no puede darse el lujo de retroceder en la aplicación de los derechos humanos, especialmente aquellos referidos al procesado penalmente”¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Touma “La aplicación del procedimiento abreviado en la Unidad de Flagrancia de Quito”, 84.

¹⁰⁶ Ferrajoli, “Lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal”, 47.

¹⁰⁷ *Ibíd.*, 45.

¹⁰⁸ García, “Temas fundamentales del derecho procesal penal”, 31.

Capítulo segundo

Estudio y análisis de casos prácticos: procedimiento penal abreviado: legal vs. subterráneo

Durante el año 2016, en la Unidad de Flagrancia de Quito se registraron 1777 infracciones resueltas mediante procedimiento abreviado¹⁰⁹. Robo, hurto, tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, son los principales delitos sustanciados en esta Unidad conforme se detalla a continuación:

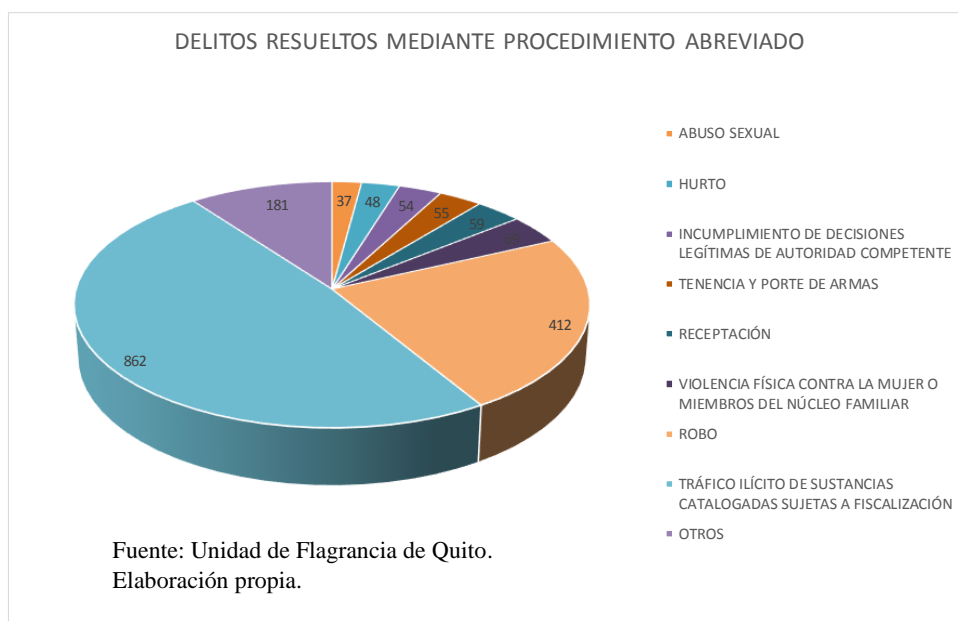


Figura 1
Delitos resueltos mediante procedimiento abreviado en la Unidad de Flagrancia

Como lo diría el profesor Zaffaroni, no es casualidad que la mayoría de casos y personas detenidas sean aquellas que cometen delitos menores u *operas toscas*¹¹⁰, donde el fin lucrativo y patrimonial es lo que prima en este tipo de accionar delictual.

Casi siempre el patrimonio y la propiedad han sido elementos jurídicos cuya afectación ha recibido una respuesta de carácter penal; sin embargo, al momento en que se verifica o cuantifica el valor que dicho bien tiene en el mercado (independientemente de las circunstancias que rodearon el cometimiento del acto típico) resulta que la intervención penal aparece como desproporcional ante cierto tipo

¹⁰⁹ Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial, información proporcionada por la Unidad Judicial Penal con competencia en Infracciones Flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito.

¹¹⁰ Zaffaroni, "Derecho penal parte general", 8.

de conductas, cuya descripción típica las ha clasificado como punibles, dejando así la práctica y realidad procesal, sin sustento a postulados fundamentales del derecho penal como la proporcionalidad, ultima ratio, mínima intervención penal, entre otros.

En cambio, los delitos que producen una afectación mayor a la sociedad pero que son cometidos por quienes detentan o detentaron en algún momento el poder político, económico, empresarial, etc., el derecho penal ni siquiera los toca; o si interviene, lo hace de una manera simbólica y mucho menor a lo que una persona sin ningún tipo de poder o influencia en la sociedad habría tenido que enfrentar.

Además, en este caso parecería que la actividad jurisdiccional penal se activa en su contra únicamente en el momento que dichas personas, como consecuencia de la puja de poder, pierden la cobertura que en determinado momento les brindó su estatus político o social.

Es frecuente que, en las conocidas alternancias de gobiernos autoritarios y democráticos en el ámbito latinoamericano, quienes hoy conducen el Estado y son categorizados como iluminados conductores del pueblo, mañana, con el cambio de la circunstancia política, resulten réprobos y perseguidos, presentando caracteres de vulnerabilidad penal que antes no tuvieron. Esta sola circunstancia marca patéticamente este doble carácter de la selectividad: la escasez de recursos intelectuales y materiales para escabullir a las redes, y la selectividad por el cambio de la circunstancia política del sujeto¹¹¹.

Pero la orientación punitiva no se encuentra restringida exclusivamente por las circunstancias políticas, económicas, empresariales o de poder que en determinado momento le asisten a una persona; sino que también, se encuentra limitado por la capacidad “operativa de las agencias de criminalización secundaria, [lo cual les obliga a] proceder siempre de modo selectivo. Por ello, incumbe a ellas decidir quiénes serán las personas que criminalice y, al mismo tiempo, quiénes han de ser las víctimas potenciales de las que se ocupe”¹¹², a fin de brindar a la colectividad la imagen de funcionalidad y eficacia en el ejercicio de la actividad jurisdiccional penal.

No es casualidad que varias de las conductas que antes se encontraban tipificadas como infracciones en el Código Penal, actualmente ya no estén previstas como tal en el COIP, y a su vez, ahora se incluyan nuevas actuaciones que responden- según se dice- a la actual realidad social por la cual atraviesa el Estado.

¹¹¹ Oscar Emilio Sarrulle, *La crisis de legalidad del sistema jurídico penal (aboliciónismo o justificación)* (Buenos Aires: editorial Universidad de Buenos Aires, 1998), 27.

¹¹² Zaffaroni, “Derecho penal parte general”, 8.

Ello no significa que aquellas acciones u omisiones que en determinado momento recibieron la atención del derecho penal hayan desaparecido; pues su criminalización no neutralizó, eliminó, ni siquiera redujo su comisión, lo que cambió fue la coyuntura social en la manera ver y percibir cierto tipo de actuaciones, cuya reacción se ve reflejado en la política criminal que el Estado adopta.

Por ejemplo, en el actual Código Orgánico Integral Penal, la simulación de secuestro, sicariato, la descripción típica de robo y hurto, e incluso el femicidio, son infracciones cuya normativización (en algunos casos de manera especial, ya que anteriormente si estaban sancionados penalmente) respondieron a la gran cobertura mediática que la comisión de este tipo de actuaciones generaba, cuya incidencia en la opinión pública, forjó un escenario de inseguridad e impunidad, el cual debía ser atendido eficazmente desde la perspectiva penal.

La criminalización mediática conjuntamente con el populismo penal, han sido las estrategias usadas para atender temas de seguridad, a través de los cuales se pretende obtener un consenso social en la prevención, y, posteriormente, el castigo de aquellas actuaciones que se dice produce un resultado lesivo de aquellos intereses sociales necesarios para el desarrollo de la vida en comunidad. Para ello es necesario adoptar una estrategia represiva que neutralice el miedo y sentimiento de inseguridad que el crimen ocasiona, mostrando resultados efectivos, aun cuando aquello signifique reducir derechos y garantías de las personas responsables en el cometimiento de dicha infracción.

Parte de esa estrategia de eficiencia y eficacia judicial constituye el procedimiento abreviado, donde la sobrepoblación de personas privadas de libertad sin sentencia, la caducidad de la prisión preventiva, juzgados repletos de expedientes en trámite o sin resolver, entre otras circunstancias, llevaron no solo al colapso de la administración, sino también a que se den varias críticas u observaciones por parte de organismos internacionales, como por ejemplo del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito (ILANUD), quien presentó varios informes críticos de la situación por la cual atravesaba y atraviesa el sistema carcelario¹¹³ de América Latina en general y el Ecuador en particular; a ello debe sumarse las varias condenas que ha recibido el Estado ecuatoriano por parte de la Corte

¹¹³ Elías Carranza, "Situación penitenciaria en América Latina y el Caribe. ¿Qué hacer?" <<http://www.inej.edu.ni/wp-content/uploads/2012/09/Situaci%C3%B3n-penitenciaria-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>>, Consulta: 21 de noviembre de 2017.

Interamericana de Derechos Humanos, al haber los propios estamentos policiales y judiciales del país, vulnerado derechos fundamentales de las personas.

Pero no es sino a partir de la puesta en vigencia del COIP y el funcionamiento de la Unidad de Flagrancia de Quito, que este procedimiento especial cobró relevancia en materia procesal penal. Según datos proporcionados por la Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial del Consejo de la Judicatura, desde el 13 de julio de 2001 (fecha en la cual entró en vigencia el Código de Procedimiento Penal) hasta el 30 de septiembre de 2011, se registraron apenas 82 casos resueltos mediante procedimiento abreviado. En cambio, desde el “10 de agosto de 2014 hasta el 30 de abril de 2016, 4.250 detenidos se han acogido a esta figura legal”¹¹⁴; sin embargo, para tranquilizar conciencias y alivianar las críticas, por parte de las autoridades se dice que ello representa apenas el 12% de los juicios penales¹¹⁵.

Solo en la Unidad de Flagrancia de Quito durante el año 2016 se registraron 1.777 causas resueltas mediante procedimiento abreviado¹¹⁶. Con esta figura procesal una causa se resuelve rápidamente, ahorra tiempo y recursos, otorga un aparente beneficio al procesado en la imposición de la pena a cambio de la renuncia a ciertos derechos y garantías procesales; y a su vez, la prontitud en la sentencia permite que la sociedad retome la confianza en el sistema jurídico penal.

Además, con ello se construye el ideario de seguridad, ya que supuestamente las personas responsables del cometimiento de aquellos delitos perpetrados en contra del ciudadano común y que de manera frecuente se presentan en la comunidad; a través de este procedimiento especial, ahora dichos autores estarían privados de la libertad, lo cual se vería reflejado en la disminución de los índices de criminalidad, reafirmando de esta manera a la prevención general como uno de los fines de la pena en el Ecuador.

Más allá de los diversos estudios que se han realizado sobre el procedimiento abreviado, cuyas posturas críticas o a su favor han sido ya expuestas en el capítulo anterior; pretendo ahora abordar el análisis de casos prácticos suscitados en la Unidad de Flagrancia de Quito, donde a más de haber sido resueltos mediante un procedimiento abreviado y todo lo que normativamente ello implica; en su tramitación o sustanciación se evidenció la presencia de actos que estarían fuera del ámbito legal,

¹¹⁴ El Comercio (Quito), “4250 detenidos se acogieron a un juicio que les redujo la pena”, <<http://www.elcomercio.com/actualidad/250-detenidos-acogieron-juicio-les.html>>, Consulta: 22 de mayo de 2016.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ Unidad Provincial de Estudios Jurimétricos y Estadística Judicial.

o que por lo menos serían cuestionables desde un punto de vista garantista del derecho, en los cuales se evidenció la presencia de lo que el profesor Zaffaroni denomina como derecho penal subterráneo, vinculado en este caso al procedimiento abreviado.

1. El procedimiento abreviado como herramienta jurídica para ocultar violaciones al debido proceso: Análisis del Juicio No. 17282-2016-00711

La primera causa en análisis es la No. 17282-2016-00711, la cual se refiere al juzgamiento vía procedimiento abreviado de los hermanos Víctor A., Luis A., y Hugo A.¹¹⁷; así como el sobreseimiento de Wilson B.,¹¹⁸ como responsables del delito de hurto a bienes públicos descrito y sancionado en el artículo 196 del COIP.

Este proceso tiene como antecedente lo ocurrido en la tarde y noche del 6 de febrero de 2016, cuando cuatro personas fueron sorprendidas por agentes de la policía nacional cargando varios enseres y suministros de oficina en una camioneta, bienes que eran de propiedad de una empresa pública municipal ubicada en la parroquia de Tababela, en la vía de ingreso al nuevo Aeropuerto Internacional Mariscal Sucre de Quito.

En ese momento la policía del lugar les solicitó a Luis A., y Diego A., la “guía de traslado”¹¹⁹, quienes manifestaron que no la tenían, entonces los agentes les preguntaron sobre la procedencia y destino de dichos bienes, a lo que no supieron dar ninguna explicación; y ante la insistencia de la pregunta, rindieron versiones contradictorias.

Posterior a ello apareció en el lugar Víctor A., guardia de seguridad privado responsable del cuidado de los bienes que se encontraban en dicha bodega, a quien los agentes de la policía le preguntaron si los bienes y suministros embarcados en la camioneta, pertenecían a la empresa pública municipal; en una actitud nerviosa el

¹¹⁷ Nombres y apellidos completos protegidos.

¹¹⁸ Nombres y apellidos completos protegidos.

¹¹⁹ La guía para el traslado de bienes muebles es un documento que las personas que desean mudarse pueden obtener gratuitamente en las UPC. Allí debe constar la fecha de la mudanza, el nombre del propietario de los bienes, el sitio de partida y el lugar de destino de los objetos que se van a movilizar y el tiempo aproximado del proceso de traslado. Además se debe detallar el nombre del conductor del vehículo que se utilizará para la mudanza, sus características y la descripción de los bienes a ser trasladados. El Comercio (Quito), “La mudanza requiere un permiso policial”, <<http://www.elcomercio.com/actualidad/guias-mudanzas-permiso-policial-robo.html>>, Consulta: 22 de noviembre de 2017.

guardia de seguridad respondió que “posiblemente sean de la bodega ya que él se había ausentado del puesto de servicio por 20 minutos”¹²⁰.

En ese momento los agentes tomaron contacto con la Directora Administrativa de la empresa pública a fin de verificar la propiedad de los bienes, y a su vez corroborar si las cuatro personas que se encontraban ahí, tenían autorización para movilizar dichos suministros.

Al verificar que se trataba precisamente de un robo (tipo penal por el cual se inició la instrucción fiscal), la policía procedió a la detención de las cuatro personas que se encontraban en el lugar, incluido Wilson B., conductor de la camioneta de alquiler que había sido contratado por los tres individuos para simplemente transportar las cosas.

Los agentes policiales no solo que trasladaron a la Unidad de Flagrancia de Quito a los sospechosos del cometimiento de la infracción, sino que además llevaron consigo la camioneta y todos los enseres y demás bienes muebles presuntamente hurtados que en su interior se encontraban.

En la Unidad de Flagrancia de Quito se realizaron los trámites legales correspondientes como elaboración del parte policial, registro e ingreso de los detenidos, exámenes médicos, presentación y reconocimiento de la denuncia, recepción de versiones, entre otros; y además se dispuso que el automotor, conjuntamente con los bienes que se encontraban en su interior fueran llevados a los patios de la Policía Judicial de El Arenal, conforme obra en el expediente.

En ese momento ya se había producido un error en la recolección de los elementos de convicción por parte de la policía y fiscalía, ya que conforme lo establece el COIP, éstos, previo a su movilización debían haber ingresado en cadena de custodia a fin de garantizar su autenticidad, acreditando su identidad y estado original, hecho que en el presente caso no ocurrió. Es sobre esta falla en el manejo de la evidencia y su intento por subsanarla por parte de la fiscalía, lo que desencadenó una serie de actos, los cuales considero constituyen derecho penal subterráneo.

El artículo 456 del COIP, al referirse a la cadena de custodia, señala:

Art. 456.- Cadena de custodia.- Se aplicará cadena de custodia a los elementos físicos o contenido digital materia de prueba, para garantizar su

¹²⁰ Ecuador: Unidad Judicial Penal con competencia en Infracciones Flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, [Sentencia condenatoria en contra de Ayala Pozo Víctor Manuel, Ayala Pozo Víctor Hugo, Ayala Pozo Luis Agustín en juicio penal por hurto], 17 de marzo de 2016.

autenticidad, acreditando su identidad y estado original; las condiciones, las personas que intervienen en la recolección, envío, manejo, análisis y conservación de estos elementos y se incluirán los cambios hechos en ellos por cada custodio.

La cadena inicia en el lugar donde se obtiene, encuentra o recauda el elemento de prueba y finaliza por orden de la autoridad competente. Son responsables de su aplicación, el personal del Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos, incluyendo el personal de servicios de salud que tengan contacto con elementos físicos que puedan ser de utilidad en la investigación.

De igual manera, el Manual de Cadena de Custodia expedido por la Fiscalía General del Estado mediante Resolución No. 73, publicado en el Registro Oficial Suplemento 318 de 25 de agosto de 2014, define a la cadena de custodia como el “conjunto de actividades y procedimientos secuenciales que se aplican en la protección y aseguramiento de los indicios y/o evidencias físicas y digitales, desde la localización en la escena del delito o lugar de los hechos, hasta su presentación ante el Juzgador y/o disposición final”.

Es decir, todo indicio o evidencia debe tener un registro de cadena de custodia, cuya responsabilidad recae sobre el personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses; el personal competente en materia de tránsito y todos los servidores públicos y particulares que tengan relación con estos elementos conforme lo establece la normativa referida.

En el caso de análisis, la cadena de custodia debió haber iniciado en el lugar donde se obtuvo, encontró o recaudó el elemento de prueba, debiendo la autoridad competente identificarlo dando a cada pieza un número de referencia, en el cual, además conste cuándo y dónde fueron tomados en custodia¹²¹. Sin embargo, los suministros y bienes de oficina presuntamente robados, fueron transportados desde el Aeropuerto de Quito hacia la Unidad de Flagrancia sin haber sido rotulados, embalados o sellados; y posteriormente, dado que dichos bienes no fueron analizados ni examinados en dicha unidad porque la bodega era demasiado pequeña para abastecer a todos los bienes recuperados, los mismos fueron transportados en similar forma al centro de acopio permanente, esto es, sin la debida fijación de la cadena de custodia.

¹²¹ Ecuador: Fiscalía General del Estado. “Resolución No. 073-FGE-2014: Manuales, protocolos, instructivos y formatos del sistema especializado integral de investigación medicina legal y ciencias forenses. Consideraciones generales para el éxito de la cadena de custodia” *Registro Oficial Suplemento, No. 318*, 25 de agosto de 2014: 203 y siguientes.

Pero en el presente caso los bienes y suministros de oficina no solo que no tuvieron cadena de custodia; sino que además, al momento en que ingresaron a los patios de la Policía Judicial (centro de acopio permanente), su registro no se realizó mediante un acta entrega-recepción conforme lo determina la normativa, sino que en el parte policial donde se encontraban detallados los bienes presuntamente robados, simplemente se incluyó el nombre y la firma de la persona que recibía dichos bienes, acreditando supuestamente de esta manera los objetos sobre los cuales se habría cometido la infracción penal.

Es decir, la descripción respecto a la cantidad y clase de suministros de oficina presuntamente robados, quedó completamente en manos de la policía nacional, sin que exista ningún tipo de control por parte del personal del sistema especializado integral de investigación (policía judicial) como responsable de la aplicación de la cadena de custodia, de la fiscalía, de la víctima, del defensor público o privado, ni mucho menos del sospechoso en el cometimiento de la infracción.

Posterior a ello y dentro de las 24 horas siguientes a la detención de los sospechosos, se llevó a cabo la Audiencia de calificación de flagrancia en la cual el juez de turno calificó la legalidad de la aprehensión. El fiscal de turno formuló cargos en contra de Víctor A., Luis A., Hugo A., y Wilson B., como autores del delito de robo a bienes públicos descrito y sancionado en el artículo 189 numeral 2 del COIP.

Al tratarse de un delito flagrante en contra de la propiedad cuyo monto de afectación no excedía los 30 salarios básicos unificados del trabajador en general, el trámite a aplicarse era el procedimiento directo conforme lo establece el artículo 640 *ibidem*.

Posterior a la formulación de cargos, la investigación penal recayó en manos de otro agente fiscal, quien se percató de la inobservancia respecto a la fijación de la cadena de custodia en la movilización y traslado de los bienes presuntamente robados.

Sin este elemento, al no poder garantizar la autenticidad y condiciones de los bienes sobre los cuales se configuraba el tipo penal, al haber levantado y recogido los indicios y elementos de convicción con violación a normas procedimentales expresas; dicha prueba fundamental podría haber sido excluida del proceso al carecer de eficacia probatoria¹²², o por lo menos, habría sido cuestionada en cuanto a la veracidad de la cantidad y calidad de los bienes presuntamente sustraídos. Sin embargo, el agente

¹²² *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76 numeral 4; en concordancia con lo previsto en el *COIP*, art. 454 numeral 6.

fiscal contrario al principio de objetividad, decidió guardar silencio sobre este hecho en particular, confiando que en la audiencia respectiva, ante la contundencia de los hechos y la inminencia de una pena, los procesados decidan someterse a un procedimiento abreviado, y de esta manera, esquivar las omisiones producidas por la policía durante la investigación penal.

La obtención de una condena en un delito flagrante era algo que no se podía evitar, situación que la tenían clara tanto el fiscal como el acusador particular. Para ello, el fiscal propuso a la víctima como acusadora particular, disminuir los cargos por los cuales se estaba acusando a los procesados, esto es, cambiar el tipo penal de robo a hurto, a fin de mostrar cierta indulgencia y objetividad en la investigación del caso, y de esta manera, la defensa centre su atención en obtener una pena menor a favor de sus patrocinados a través de un procedimiento abreviado, antes que en el análisis del caso, ya que ello podría conllevar a que advierta la omisión en la cual incurrió la policía nacional, y surja incluso talvez, hasta la sospecha de que ésta institución cometió la infracción de alteración de evidencias o elementos de prueba previsto en el COIP¹²³.

De esta omisión también tuvo conocimiento la autoridad judicial, quien al momento de llevar a cabo el reconocimiento de la acusación particular, sugirió a la víctima que la vía segura en el propósito de obtener una condena, y dado que los bienes habían sido recuperados, era que los acusados decidan someterse a un procedimiento abreviado.

Aquí el procedimiento abreviado se torna fundamental, porque a través de esta forma procedimental, el fiscal limita su trabajo investigativo-acusador prácticamente a la admisión de responsabilidad por parte de los procesados; los elementos de convicción y evidencias recabados, se presentan sin mayor análisis y descripción que su contenido propio, los cuales no son contradichos por la defensa quien ni siquiera efectúa una revisión o análisis del expediente; no existe una presión por parte del fiscal para que se dé el juicio abreviado, pero sí lo sugiere a la otra parte como alternativa bondadosa a favor del procesado. Además, este procedimiento permite que las fallas o errores de las agencias ejecutivas en el ejercicio del poder punitivo, no sean evidenciadas; y más bien, se pretendan subsanar a través de las actuaciones ilegales, o

¹²³ COIP, artículo 292.- “Alteración de evidencias y elementos de prueba.- La persona o la o el servidor público, que altere o destruya vestigios, evidencias materiales u otros elementos de prueba para la investigación de una infracción, será sancionado con pena privativa de libertad de uno a tres años”.

por lo menos cuestionables de otras agencias, como en este caso lo hizo la fiscalía y la acusación particular.

El día de la audiencia de Juicio Directo, previo a la instalación de la misma, el fiscal informó al defensor público de los procesados Víctor A., Luis A., y Hugo A., que la infracción por la cual pretendía acusar a los detenidos, conforme a la evidencia recolectada hasta ese momento procesal, era por el delito de hurto a bienes públicos previsto y sancionado en el artículo 196 del COIP, indicando que con ello estaba de acuerdo la acusación particular.

En ese instante, al haber sido designado en último momento para que ‘pase la audiencia’ (eficiencia penal), y seguramente por la falta de conocimiento sobre los hechos del caso, sumado a la inadecuada preparación de una defensa técnica a favor de sus defendidos; el defensor público propuso al fiscal la posibilidad de someter el caso a un procedimiento abreviado, ante lo cual el representante del ejercicio de la acción penal pública, estaba de acuerdo.

Se hizo la negociación de la pena, cada uno proponiendo determinados plazos, hasta que finalmente se acordó que la pena que iba a sugerir el fiscal en la audiencia respectiva, iba a ser de dos meses y veinte días; cálculo que fue obtenido teniendo en consideración lo previsto en el artículo 636 inciso tercero del COIP, sin considerar las circunstancias agravantes como el hecho de haber cometido la infracción con la participación de 2 o más personas, lo cual será explicado más adelante de mejor manera.

De esta manera y previo a que inicie la audiencia de juzgamiento, la responsabilidad penal de las personas procesadas ya estaba “acordada”, la demostración material de la infracción y el error en el manejo de la evidencia por parte de la fiscalía y policía, a más de mantenerse oculto de manera deliberada, había sido subsanado; el hecho delictuoso se encontraba probado; y de esta manera, gracias al procedimiento abreviado, la fiscalía obtendría una sentencia condenatoria en contra de los procesados, hecho que es tomado en cuenta al momento de verificar y evaluar el desempeño laboral de un servidor público u operador judicial.

Seguramente el tema de la eficiencia y eficacia procesal han influido en el aumento de casos resueltos a través del procedimiento abreviado. En el juicio de análisis, el defensor público que participó de las negociaciones de la pena, fue designado a pocas horas de que se lleve a cabo la audiencia del procedimiento directo, supuestamente para asegurar el derecho a la defensa y/o evitar que se difiera la

audiencia. Es decir, no había tenido el tiempo suficiente para revisar el caso, y peor aún para preparar una defensa técnica apropiada.

No se puede hablar que el derecho a la defensa se encuentra garantizado con la sola presencia del abogado patrocinador; por el contrario, ésta debe ser técnica, adecuada, oportunamente preparada, a fin de salvaguardar los derechos de las personas procesadas. Pero como al sistema le interesa más reducir el número de audiencias fallidas o el tiempo que se emplea en la resolución de los conflictos penales, sin inversión, a cambio de los derechos y garantías procesales; el procedimiento abreviado constituye la herramienta jurídico-legal por excelencia que permite a los defensores (principalmente públicos), sobrellevar el juzgamiento de una persona, cuando el sistema, a última hora o de improvisto, les encarga la defensa de un ciudadano.

La fiscalía en cambio por su parte, no podía permitirse una sentencia absolutoria ante la comisión de un delito flagrante, ya que ello probablemente afectaría la evaluación de su desempeño e incluso podría acarrear un llamado de atención, prefiriendo entonces reducir la gravedad de la imputación y ocultar cierta información, con el objeto de obtener una sentencia menor, pero condenatoria al fin.

Una vez instalada la audiencia y al no haber ninguna objeción por parte de los sujetos procesales sobre la validez procesal; los acuerdos adoptados de manera previa se iban evidenciando, pareciendo ser entonces la audiencia un simple ritual donde los derechos y garantías de la persona procesada ya fueron resueltos de manera previa por la fiscalía y la defensa.

La defensa pública no se percató ni objetó nada respecto a la ausencia de la cadena de custodia sobre los bienes hurtados; la fiscalía y la acusación particular tampoco realizaron un pronunciamiento sobre ello; los procesados Víctor A., Luis A., y Hugo A., admitieron su responsabilidad en el hecho atribuido, sin tener la certeza de que los bienes por los cuales se los acusaba, podrían o no corresponder a su actuación ilegal; y, finalmente el Juez emitió sentencia condenatoria acogiendo en su totalidad la sugerencia dada por el fiscal, esto es, estableció la pena privativa de libertad de dos meses y veinte días en contra de los hermanos Víctor A., Luis A., y Hugo A., como autores del delito de hurto a bienes públicos, así como el sobreseimiento definitivo de Wilson B.

De esta manera se evidencia como en el presente caso a través de un derecho penal subterráneo, el juicio abreviado fue utilizado como una herramienta para

asegurar una sentencia condenatoria, se manipuló evidencia de forma irregular y la fiscalía llevó a cabo actos fuera del ámbito jurídico para evitar su develación.

A más de ello, el caso muestra lo que varios críticos han sostenido respecto al juicio abreviado: permite una salida rápida del conflicto; elimina la etapa de juicio y todo lo que ello implica; no hay contradicción de la prueba, lo cual podría acarrear que se tomen en consideración elementos de convicción que hayan sido obtenidos de manera ilegal, pero que en este caso, sirven para fundamentar una sentencia declaratoria de culpabilidad.

Además, dicho procedimiento es utilizado como un arma estratégica por los sujetos procesales para alcanzar determinados fines; en el referido juicio, obtener una sentencia condenatoria por un lado, y una rebaja en la pena por el otro.

También la situación jurídica del procesado es resuelta de manera previa a la audiencia respectiva, partiendo siempre de una presunción de culpabilidad antes que de inocencia, la cual ni siquiera es sostenida por la propia defensa.

La valoración de la prueba que realiza el Juez prácticamente descansa sobre aquellos elementos de convicción aportados por la acusación, los cuales se fundamentan principalmente en lo que afirma o niega el agente de policía en su respectivo parte, y que como se detalló anteriormente, su actuación puede encontrarse viciada de diversas formas, como en el presente caso, se suplió la cadena de custodia y el acta de entrega-recepción poniendo simplemente el nombre y la firma de quien recibe los bienes en el parte policial, y de esta manera, supuestamente se garantizó la autenticidad de los bienes que presuntamente fueron encontrados en poder de los sospechosos del delito; a más de ello, al tratarse de un delito flagrante sobre el cual se ha construido el ideario entre los profesionales del derecho y la sociedad en general de que dicha situación prácticamente desvirtúa la presunción de inocencia, por la de culpabilidad; la defensa, antes que una actuación técnica, busca una salida rápida y distinta a la del juicio ordinario, por lo cual realiza un esfuerzo menor en la búsqueda de pruebas que desvanezcan la acusación, constando en el presente caso únicamente como anuncio de prueba por parte de la defensa, certificados de honorabilidad y de trabajo de los procesados Víctor A., Luis A., y Hugo A.

Sobre este escenario correspondería entonces al juez garantizar los derechos de del procesado; sin embargo, y sobre la base de los principios que constituyen el sistema acusatorio, y bajo el argumento de que corresponde a las partes el impulso del proceso conforme al sistema dispositivo; el Juez señaló que es obligación de los sujetos

procesales, en este caso la defensa, haber alegado sobre la ausencia de la cadena de custodia, hecho que en el presente caso no ocurrió, por lo cual y acogiendo los elementos de convicción aportados por la fiscalía, sumado a la admisión de responsabilidad libre y voluntaria realizada por los acusados, condenó vía procedimiento abreviado a Víctor A., Luis A., y Hugo A.

Derechos, Garantías y Principios Procesales que se identificaron vulnerados en este caso		
Debido Proceso (Art. 76 numeral 4 Constitución)	Debido Proceso (Art. 76 numeral 7 literal k) Constitución)	Objetividad (Artículo 5 numeral 21 COIP)
La Policía Nacional y Judicial en ningún momento fijaron una cadena de custodia para trasladar los bienes presuntamente robados, contraviniendo de manera expresa disposiciones legales. Pese a tener conocimiento de ello, el Juez valoró esta prueba ineficaz para emitir una sentencia condenatoria.	Al momento de llevar a cabo el reconocimiento de la acusación particular, el Juez sugirió a la víctima que la vía segura para obtener una sentencia condenatoria en contra de los procesados, y dado el error que se había producido en el manejo de la evidencia, era buscar la manera de que los detenidos decidan someterse a un procedimiento abreviado; lo cual demuestra la falta de imparcialidad con la cual actuó la autoridad judicial.	El Fiscal, en ningún momento informó a la defensa ni a la autoridad judicial (por lo menos procesalmente), respecto a la evidencia obtenida y actuada de forma irregular; más bien pretendió subsanar dicha debilidad probatoria a través del procedimiento abreviado, evitando así la contradicción de la prueba y logrando que los propios procesados admitan su responsabilidad por el delito atribuido.

2. Atormentar al procesado, para que ‘libre y voluntariamente’ se someta al procedimiento abreviado: Análisis del Juicio No. 17282-2016-05053

El segundo caso de análisis es el Juicio No. 17282-2016-05053 referente al juzgamiento de Paola P. y Ángel L.¹²⁴, como autor y cómplice respectivamente del delito de estafa previsto y sancionado en el inciso segundo del artículo 186 del COIP.

Si bien este caso fue conocido y resuelto por el Tribunal de Garantía Penales; previo a ello, en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, la Fiscalía solicitó al

¹²⁴ Nombres y apellidos completos protegidos.

Juez competente, que el caso sea resuelto vía procedimiento abreviado. Al momento en que el Juez procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 635 del COIP, específicamente aquel referente al consentimiento expreso del procesado para la aplicación del procedimiento, así como la admisión del hecho que se le atribuye, ocurrió un acontecimiento que nuevamente pone en evidencia la presencia de actos irregulares, o por lo menos cuestionables dentro de este procedimiento especial, y que en su mayoría no son tratados en una audiencia o ante la autoridad judicial.

Este juicio se refiere a los hechos ocurridos en el año 2016, cuando Paola P., sobrina de la entonces Ministra de Salud, Margarita Guevara, habría ofrecido puestos de trabajo a cambio de sumas de dinero en la maternidad 'Luz Elena Arismendi' ubicada en el sur de Quito. Varias personas depositaron diversas cantidades de dinero en las cuentas bancarias de Paola P. y Ángel L., cuyo monto exigido variaba de acuerdo a la remuneración que supuestamente iban a percibir los interesados en el cargo que les ofrecían ocupar dentro del sector público.

Uno de los acusados de este delito fue Ángel L., a quien la fiscalía atribuía su participación en calidad de autor, ello, pese a que la mayoría de las víctimas en sus versiones (y posteriores testimonios) señalaban que la persona que dirigía las reuniones en las que se les informaba sobre las presuntas vacantes existentes en la maternidad, y quien les solicitaba el dinero a cambio de los nombramientos, era Paola P.

Ella también habría ofertado un cargo público a Ángel L. a cambio de una determinada suma de dinero y la conformación de un grupo de personas que deseen trabajar en la Unidad de Talento Humano del hospital.

Es este hecho lo que llevó a Ángel L. a verse involucrado en el delito de estafa, al haber informado a varias personas sobre las presuntas vacantes laborales que existían en el Hospital 'Luz Elena Arismendi', el nombre de la persona que supuestamente tramitaba los nombramientos, así como la retribución económica que para ello debían hacer a Paola P.

Ángel L. entregó personalmente a Paola P. el 18 de febrero de 2016 en la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Central del Ecuador, el valor de USD 1.800, quien le habría indicado que una vez que cuente con el personal necesario para conformar la Unidad de Talento Humano del Hospital Gineco Obstétrico, ingresaría

él, conjuntamente con las demás personas a trabajar¹²⁵. Sin embargo, al verificar que las promesas laborales no se cumplían, tanto para él como para las personas que contactó, presentó una denuncia en contra de Paola P. el 2 de agosto de 2016 por el delito de abuso de confianza, previsto y sancionado en el artículo 187 del COIP.

Posterior a ello, la Ministra de Salud, en atención a un comunicado presentado por el entonces Asambleísta Mauro Andino, presentó una denuncia en contra de Paola P. por el presunto delito de estafa, a la cual se sumaron las denuncias interpuestas por las víctimas de esta infracción, procediéndose más tarde a dar inicio a la respectiva Instrucción Fiscal en contra de Paola P. y Ángel L. como autores directos del delito de estafa masiva.

El 6 de abril de 2017 se llevó a cabo la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, en la cual, el fiscal dio a conocer a la autoridad judicial que era deseo de las partes resolver el caso a través de un procedimiento abreviado.

Una vez instalada la audiencia, la autoridad judicial, conforme lo establece el COIP, preguntó a Ángel L. si “¿consciente la aplicación de este procedimiento, si se le informó de las consecuencias legales de someterse a este procedimiento?”¹²⁶, él respondió que “sí acepta someterse a este procedimiento”¹²⁷; pero cuando le preguntó “¿si acepta [...] la participación del hecho fáctico que se le atribuye, así como la pena solicitada?”¹²⁸, él contestó “aquí hay demasiadas inconsistencias, yo también soy víctima de la estafa, [...] me han presionado para que admita mi culpabilidad”¹²⁹.

En ese momento el Juez nuevamente consultó al abogado defensor si querían o no que el caso se resuelva de manera abreviada; el abogado conversó con su defendido Ángel L. por unos segundos, y fue el procesado quien finalmente contestó “no quiero someterme a este juicio [...] me presionaron para que diga que soy culpable, cuando yo también soy víctima de ella [Paola P.]”¹³⁰.

En tal virtud, al verificar que el caso no cumplía con los requisitos legales, la autoridad judicial resolvió no dar paso al procedimiento abreviado, continuándose el

¹²⁵ Ecuador: Tribunal de Garantías Penales con sede en la parroquia Iñaquito del Distrito Metropolitano de Quito, Provincia de Pichincha [Sentencia condenatoria en contra de Lanchi Cárdenas Ángel y Proaño Guevara Paola Eunice, en juicio penal por estafa], 28 de septiembre de 2017.

¹²⁶ Ecuador: Unidad Judicial Penal con competencia en infracciones flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito [Audiencia Preparatoria a Juicio en contra de Lanchi Cárdenas Ángel y Proaño Guevara Paola Eunice, en juicio penal por estafa], 6 de abril de 2017.

¹²⁷ *Ibíd.*

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ *Ibíd.*

¹³⁰ *Ibíd.*

trámite a través de un juicio ordinario. Sin embargo, nada dijo el Juez con relación a la aparente presión sufrida por Ángel L., ni tampoco se pronunció sobre las supuestas inconsistencias referidas por el procesado, simplemente no paso el abreviado y se continuo con la sustanciación del caso.

Son estas dos circunstancias las que interesan al presente trabajo, ya que suponen la presencia no únicamente de aquellos elementos sobre los cuales se ha discutido mucho del juicio abreviado (presión, ineficacia investigativa), sino que también, su ejecución aparentemente provendría de ciertas autoridades públicas, afectando derechos fundamentales, actos que no son expuestos ante la sociedad justamente por la ilegalidad de la que se hallan investidos, presentándose por tanto como un derecho penal subterráneo.

Ángel L. actualmente cumple una condena de 4 años 5 meses 10 días de privación de libertad en el Centro Regional de Rehabilitación Social de Latacunga, sanción que fue impuesta a través de un juicio ordinario por el Tribunal de Garantías Penales de Pichincha, al haber adecuado su comportamiento en calidad de cómplice (ya no como autor) conforme lo previsto en el inciso segundo del artículo 186 del COIP, esto es, haber cooperado de forma dolosa en la consumación del delito de estafa cuyo perjuicio se extendió a más de 2 personas.

A fin de escuchar los motivos por los cuales desistió del procedimiento abreviado en plena audiencia, y la forma como lo hizo, coordiné una entrevista con el sentenciado Ángel L. la cual se presenta a continuación; señalando que su grabación o registro en medios tecnológicos fue imposibilitada por las medidas de seguridad que rigen este centro carcelario.

Después de realizarle algunas preguntas introductorias a fin de reducir el nivel de ansiedad o nerviosismo que este tipo de situación puede generar, le pregunté ¿por qué cuando el Juez le consultó si aceptaba la participación del hecho fáctico que se le atribuía, esto es, el cometimiento del delito de estafa, y la pena solicitada, mencionó que habían demasiadas inconsistencias en este caso?¹³¹. A ello responde que:

“el fiscal no había incorporado al expediente la denuncia que yo presenté en contra de Paola, lo cual me hacía ver como que yo hubiera planificado todo esto, y no fue así [...] yo también le pagué a ella por un puesto en el hospital, y de eso no había dicho nada el fiscal; tampoco decía algo sobre los mensajes que me enviaba

¹³¹ Ángel L., sentenciado en calidad de cómplice por el delito de estafa dentro del Juicio No. 17282-2016-05053, entrevista al autor, en el Centro Regional de Rehabilitación Social de Latacunga, 12 de diciembre de 2017.

diciéndome que si quería entrar a trabajar, debía conformar un grupo para [el puesto de] Talento Humano [...]; yo lo que hice fue avisarles a algunos amigos de las posibilidades de trabajo que había, pero en ningún momento les pedí dinero para mí, por eso la mayoría de depósitos se hicieron directamente a la cuenta de Paola, porque era ella la que nos iba a dar el trabajo [...]"¹³².

Usted además dijo que le habían presionado para que admitiera su culpabilidad ¿Quién le presionó? le pregunté. A lo cual contestó “el fiscal; el abogado de Paola; hasta mi abogado me decía que [admita] que estafé a esas personas, así saldría rápido de la cárcel, sino me iban a condenar a 10 años”¹³³.

¿Como le presionó el fiscal? Me “dijo que si quería salir rápido de este asunto, simplemente tenía que decir que fui yo quien solicitó el dinero [a las víctimas] a cambio de los puestos de trabajo, y si no lo hacía, él iba a pedir que me condenen a 10 años de cárcel [...], esa era la orden que había recibido ya que se trataba de un caso conocido a nivel nacional”¹³⁴.

“¿De qué manera lo presionó el abogado de Paola P.? Él había conversado con mi hermano [...]; si yo admitía que Paola P. no tenía nada que ver en este asunto, y decía que fui yo quien ofreció los puestos de trabajo a cambio de dinero, me pagarían tres mil dólares, y además conversaría con el fiscal, que era su amigo, para que me pongan una pena de solo 2 o 3 años [...]"¹³⁵.

“¿Usted aceptó esa propuesta? No, porque no solo ocurrió eso, antes mi familia había recibido algunas llamadas telefónicas amenazantes, unas para que no involucre a la Ministra de Salud en este caso, y otras, justamente para que diga que Paola P. no tenía nada ver en esto [...]"¹³⁶. A lo expuesto, no puede asegurar la procedencia de dichas llamadas intimidatorias, lo cual simplemente fue comunicado a su abogado patrocinador, sin que éste haya tomado algún tipo de acción judicial o legal orientada a esclarecer dichos supuestos¹³⁷.

¿Su abogado también lo presionó? Él me orillo a esto porque prácticamente no hizo nada por defenderme o por esclarecer los hechos, y después también me dijo que lo más conveniente era pedir ese procedimiento abreviado [...] con eso reduciría mi condena”¹³⁸.

¹³² *Ibíd.*

¹³³ *Ibíd.*

¹³⁴ *Ibíd.*

¹³⁵ *Ibíd.*

¹³⁶ *Ibíd.*

¹³⁷ *Ibíd.*

¹³⁸ *Ibíd.*

“¿Conversó con su abogado sobre la presión o amenazas que supuestamente el fiscal hizo en su contra? Sí, me preguntó si tenía alguna prueba de eso, o si alguna persona había escuchado la conversación, pero como no tenía, me dijo que lamentablemente no podía hacer nada”¹³⁹.

¿Por qué no cambió de abogado? “Yo le entregué cuatro mil dólares para que me defienda, y ese dinero era de un préstamo que mi hermano hizo en el banco y que hasta ahora está pagando [...] Si yo cambiaba de abogado, igual no me iba a devolver el dinero que le pagué [...]”¹⁴⁰.

¿Su abogado le explicó lo que es el procedimiento abreviado, lo que ello implica, sus ventajas y desventajas?

“No me explicó muy bien mi abogado [...] lo único que me dijo es que a través de ese procedimiento lograría una reducción en mi condena, para lo cual debía admitir ante el Juez mi responsabilidad [...] pero yo también quería decir en la audiencia que las cosas no eran así como las venía [sosteniendo] la Fiscalía, que yo actúe de esa manera por engaño de Paola [...] pero mi abogado me dijo que no diga nada de eso, porque podría dañar el acuerdo de disminución de la pena con el Fiscal”¹⁴¹.

Si su abogado le limitaba de esa manera ¿por qué insistir entonces con la solicitud de resolver el caso a través del procedimiento abreviado?¹⁴² “Si estás privado de la libertad por más de 6 meses, donde la única solución jurídica que te propone tu propio abogado es que admitas la culpa por lo que hiciste, y solo así saldrás en menos tiempo de la cárcel, crees que ese es el único camino para recuperar la libertad”¹⁴³.

“¿En qué momento o bajo qué circunstancias acordó con su abogado someterse al procedimiento abreviado?”¹⁴⁴. A ello respondió:

“tres días antes de la audiencia [de evaluación y preparatoria a juicio] mi abogado vino a verme, me dijo que habían encontrado demasiadas pruebas en mi contra, aparecían los depósitos en mi cuenta bancaria, entre otras cosas, por lo cual me aconsejaba que admita mi responsabilidad ante el juez, que me acoja al procedimiento abreviado, lo cual haría que me beneficie de una reducción en la pena [...]”¹⁴⁵.

¹³⁹ *Ibíd.*

¹⁴⁰ *Ibíd.*

¹⁴¹ *Ibíd.*

¹⁴² *Ibíd.*

¹⁴³ *Ibíd.*

¹⁴⁴ *Ibíd.*

¹⁴⁵ *Ibíd.*

Le pregunté si ¿había recibido algún tipo de maltrato físico obligándolo a admitir su participación en este delito? Señala que “no, las amenazas fueron verbales por eso no pude demostrar lo que pasé, sin embargo, lo dije en la audiencia”¹⁴⁶.

Esta audiencia a la que hace mención Ángel L. es la de evaluación y preparatoria a juicio en la cual el Fiscal puso en conocimiento del Juez la supuesta intención de los sujetos procesales de resolver el caso de manera abreviada; sin embargo, una vez instalada la misma, la autoridad judicial verificó que éste no cumplía con el requisito previsto en el artículo 635 numeral 3 del COIP, esto es, la admisión por parte de la persona procesada del hecho que se le atribuía, resolviendo entonces no dar paso al procedimiento especial, sin que se pronuncie o diga algo respecto a los motivos por los cuales Ángel no quiso admitir su culpabilidad.

Además, debo señalar que hasta ese momento, Ángel L. estaba siendo acusado como autor del delito de estafa con perjuicio a más de dos personas, lo cual le merecía una pena privativa de libertad de siete a diez años, y que incluso, acogiéndose al procedimiento abreviado, el mínimo de la pena al que habría podido acceder era de 4 años 8 meses (dependiendo obviamente de la interpretación que se haga del artículo 636 inciso tercero del COIP que será analizado más adelante).

De la revisión del expediente judicial, efectivamente se constata que hay un escrito del 27 de septiembre por medio del cual el procesado solicitaba a la fiscalía incorpore al proceso la denuncia presentada en contra de Paola P. el 2 de agosto de 2016, a fin de que dicha circunstancia sea considerada dentro de la instrucción; sin embargo, no es sino hasta el 28 de agosto de 2017, ante una nueva insistencia (3 de agosto de 2017) por parte de su abogado patrocinador, que dicha denuncia fue agregada al proceso penal, constituyéndose de esta manera, en uno, de los varios elementos que sirvieron para que su participación posteriormente fuera considerada como cómplice, y no como autor, que era lo que hasta la audiencia de procedimiento abreviado sostenía el fiscal.

La consideración del grado de participación incide directamente en la determinación cuantitativa de la pena, la cual para el caso del cómplice se reduce a un tercio de la mitad de aquella prevista para el autor¹⁴⁷; es decir, si a partir del primer momento el fiscal hubiera considerado los elementos de convicción existentes, imputando de manera adecuada la participación de Ángel L., la pena sobre la cual

¹⁴⁶ *Ibíd.*

¹⁴⁷ *COIP*, artículo 43 inciso cuarto.

habría negociado el procedimiento abreviado era de 28 a 42 meses (cálculo obtenido considerando el mínimo de la pena para el delito de estafa a más de 2 personas), misma que podía haberse reducido aún más conforme lo previsto en el artículo 636 inciso tercero del COIP.

Este caso pone en evidencia varias de las críticas emitidas en contra de este procedimiento especial y que fueron expuestas en el capítulo anterior; como por ejemplo, la presión que se ejerce en contra del procesado a fin de obtener su declaración de culpabilidad; o que la debilidad de los elementos de convicción recabados hasta ese momento procesal, sobre la existencia de la infracción y/o la responsabilidad del procesado, pretenden ser suplidos por la declaración inculpativa de quien enfrenta el proceso; o el hecho de que a través de este procedimiento se resuelve el caso de una manera rápida, evitando complicaciones que en un juicio ordinario tal vez se podrían presentar.

Pero a más de ello, la presencia de un derecho penal subterráneo es evidente, no solo al haber omitido deliberadamente la incorporación de elementos de convicción en el caso; sino también, por las circunstancias que rodearon a Ángel L., para que decida en un primer momento, someterse a este procedimiento especial.

El ejercicio del poder punitivo estuvo al margen de cualquier legalidad; el principio de objetividad fue vulnerado; se pretendió obtener la declaración del procesado a través de la coacción que genera la amenaza de la gravedad de la pena; se omitieron elementos de convicción referentes a la responsabilidad del procesado; inacción del juzgador frente a las declaraciones hechas por el acusado al negarse a admitir su responsabilidad en el abreviado; se puso precio a la inocencia de una persona a cambio de la culpabilidad de otra; todo ello conlleva a que señale que en el presente caso, por lo menos hasta la audiencia del juicio abreviado, existieron vulneraciones a derechos fundamentales y garantías procesales por parte de quienes actuaron en virtud de una potestad estatal, lo cual en palabras del profesor Zaffaroni, constituye derecho penal subterráneo.

Sin lugar a dudas, dichas vulneraciones no pueden ser comparadas a lo que ocurría en décadas pasadas, donde la tortura, los crímenes de lesa humanidad, o los tratos crueles, inhumanos y degradantes ejecutados por los propios funcionarios estatales, eran los que predominaban.

El avance de la sociedad y el fortalecimiento de sus instituciones, han contribuido en la disminución, e incluso erradicación de este tipo de transgresiones;

sin embargo, todavía se presentan actuaciones que, de manera sutil, disfrazados con otros nombres o con distinta terminología, atentan contra la dignidad y el respeto de los derechos y garantías de la parte más débil y vulnerable del proceso penal.

A más de ello, la privación de la libertad aparece también como uno de los elementos que influyen en la voluntad del procesado para someterse a este procedimiento, lo cual resulta empeorado cuando el propio abogado defensor, presenta a la admisión de culpabilidad como la única alternativa posible de defensa para el caso, supuestamente en procura de lograr una disminución en la pena.

No cuestiono el hecho de que después de analizar y proponer diversas posibilidades y alternativas de defensa, se incluyan entre ellas al procedimiento abreviado; lo crítico consiste en que pese a las presiones que existieron en contra del procesado, así como la omisión deliberada de la fiscalía de incluir ciertos elementos de convicción que denotaban una participación distinta del acusado, no se haya cuestionado por parte de la defensa la ilegalidad de este proceso, sino que más bien se lo haya promovido a través del procedimiento abreviado, presentándolo además a éste, como la ‘única salida posible para lograr una disminución de la pena’, instruyéndole incluso a su defendido que guarde silencio y no diga nada a la autoridad judicial sobre dichas irregularidades, en procura de conservar el acuerdo de disminución de la pena pactada previamente con el fiscal.

Pero este caso además permite analizar que no solo los defensores de oficio (talvez por la carga laboral o para mejorar su evaluación de desempeño en la institución) son quienes recurren a este procedimiento; sino que también los defensores particulares han encontrado en este mecanismo procesal, una salida cómoda frente a las presuntas dificultades legales que presenta un caso, interesándoles algunas veces, más que las circunstancias, hechos o elementos de convicción que rodean al mismo; saber cuál es el fiscal o juez que conoce la causa para, antes que preparar una defensa técnica, recomendar más bien al procesado una salida alternativa al juicio como lo es procedimiento abreviado.

Pareciendo ser entonces que los derechos y garantías del debido proceso, como por ejemplo la presunción de inocencia, en ciertos casos (sobre todo los mediatizados política o socialmente) o en determinadas circunstancias, son desvirtuados automáticamente por algunos operadores de justicia, llegándose incluso a generar presiones a fin de lograr un determinado resultado procesal.

Pero la presión al parecer no fue únicamente ejercida en contra del procesado, sino que incluso, y conforme a la entrevista realizada a Ángel L., el fiscal también habría sufrido injerencias en su labor, o por lo menos, eso es lo que deja entrever el sentenciado cuando relata las amenazas que supuestamente le hizo el fiscal respecto a la determinación cuantitativa de la pena si no admitía su culpabilidad.

A fin de contrarrestar las declaraciones hechas por Ángel L. sobre las circunstancias irregulares o cuestionables de haber aceptado en un primer momento acogerse al procedimiento abreviado; solicité al fiscal responsable del proceso hasta dicha etapa procesal, una entrevista, la cual en un primer momento fue aceptada; sin embargo, al referirle que la misma tenía por objeto el estudio y análisis de este juicio en particular, señaló que no podía emitir personalmente declaraciones al respecto, ya que el mismo se encontraba a la espera de la resolución de un recurso de casación; correspondiéndole en todo caso al Departamento de Comunicación de la Fiscalía, informar cualquier asunto relacionado al mismo¹⁴⁸.

En todo caso, algunas de las vulneraciones a derechos y garantías expuestas anteriormente, constan en el expediente penal, así como en el acta resumen de la audiencia del procedimiento abreviado; quedando obviamente lo más grave, sin registro y en el testimonio de quien fue víctima de los actos ilegales, irregulares o cuestionables en la pretendida búsqueda de un procedimiento abreviado.

Derechos, Garantías y Principios Procesales que se identificaron vulnerados en este caso		
Derecho a la defensa (Artículo 77 numeral 7 literal c) Constitución)	Debido Proceso (artículo 76 numeral 1 Constitución)	Objetividad (Artículo 5 numeral 21 COIP)
El agente Fiscal pretendió obtener la confesión de uno de los procesados a través de la coacción que genera la amenaza de la gravedad de la pena. El abogado defensor del coprocesado también pretendió obtener dicha declaración a través de ciertos medios coercitivos, como la amenaza de la gravedad de la pena, y dinero a cambio de su culpabilidad, por la inocencia del otro procesado, vulnerando el derecho a la defensa garantizado en la Constitución, así como el principio procesal de prohibición de autoincriminación.	El Juez en la audiencia de procedimiento abreviado, pese a escuchar que el procesado dijo haber sido víctima de presiones para admitir su responsabilidad en el delito atribuido, no hizo nada por averiguar, denunciar o sancionar a los responsables de las presuntas coacciones, incumpliendo de esta manera su deber de garantizar el respeto de las normas y derechos de las partes, así como omitió presentar la denuncia respectiva.	El Fiscal de manera deliberada omitió elementos de convicción referentes a la participación del procesado (se lo acusaba como autor, cuando lo correcto era cómplice), perjudicando así al procesado en la determinación cuantitativa de la pena sobre la cual se negoció el procedimiento abreviado.

¹⁴⁸ Álvaro Gaybor Noboa, Fiscal de Pichincha, Fiscalía Especializada de Patrimonio Ciudadano No. 3, declaración al autor, en Fiscalía de Pichincha, 18 de diciembre de 2017.

3. Más daño hace un operador de justicia venal, que cien delincuentes: Análisis del Juicio No. 17282-2016-06043

Como último juicio de análisis me referiré a la confusa descripción que el COIP establece en cuanto al tema de la disminución cuantitativa de la pena para el procedimiento abreviado, hecho que puede ser utilizado (como sucedió en este caso) por el fiscal o incluso el órgano juzgador para establecer una pena menor o mayor de acuerdo a su conveniencia, en un determinado caso.

Al parecer dicha descripción normativa permitiría que de acuerdo a la interpretación que los sujetos procesales realicen de la misma, puedan acordar una pena más, o menos benigna en favor del procesado; lo cual dejaría la puerta abierta para que en ocasiones la gravedad de la condena, más que a regulaciones normativas, respondan a circunstancias irregulares como las referidas a continuación.

Como lo he explicado anteriormente, la diferencia entre el procedimiento abreviado y el juicio ordinario no solo es procedimental, sino y sobre todo punible. La determinación cuantitativa de la pena es uno de los elementos respecto de los cuales se han centrado varias de las voces críticas de este proceso especial, no solo por la incidencia que en la voluntad del acusado puede ejercer la gravedad de la pena para optar entre el juicio ordinario o el proceso especial; sino también, al haber otorgado al fiscal la facultad de decidir cuándo un caso puede o no resolverse a través de esta forma procedimental, así como la posibilidad de acordar (yo diría imponer) la calificación jurídica del hecho punible y la pena.

Esto último, y dada la redacción del inciso tercero del artículo 636 del COIP es lo que nos interesa, ya que permitiría que en ocasiones el fiscal, a su libre albedrío, conveniencia o intereses personales, ofrezca reducir la pena conforme a la interpretación que él haga de la norma, pudiendo entonces pervertirse la facultad negociadora de la pena otorgada a dicho agente para este tipo de procesos.

Ello es lo que ocurrió en el siguiente caso de análisis (Juicio No.17282-2016-06043) referente al juzgamiento de Nancy D.¹⁴⁹ por el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a mediana escala, cuya pena privativa de libertad, conforme lo establece el artículo 220 numeral 1 literal b) del COIP, va de 3 a 5 años.

¹⁴⁹ Nombres y apellidos completos protegidos.

En el referido caso, el fiscal, a través del abogado defensor, solicitó dinero a cambio de sugerir en la audiencia de procedimiento abreviado se imponga al procesado la pena de 24 meses; ello bajo el análisis de que el inciso tercero del artículo 636 del COIP, permite que la reducción de la condena para este tipo de procesos sea de un tercio del mínimo de la pena prevista en el tipo penal, cálculo en el que además omitiría la reincidencia del procesado en el cometimiento de la infracción.

De lo contrario, aplicando la misma norma pero realizando una interpretación distinta; sugeriría que la pena a imponer fuera de 36 meses, alegando que dicha disposición no permite que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal (12 meses); pero en cambio, sí permite que la condena sea mayor conforme al análisis que se haga de los hechos imputados y aceptados, agregando además que en este supuesto debería obligatoriamente tomar en cuenta el la agravante de reincidencia.

A fin de entender de mejor manera este caso, es necesario relatar los hechos respecto de los cuales se inició el referido proceso.

El 18 de noviembre de 2016, Nancy D. fue detenida por agentes antinarcóticos de la policía nacional en el sector de La Mariscal, centro norte de Quito, al haber sido sorprendida “entregando pequeñas envolturas con [una] posible sustancia ilícita [a varias personas; encontrándose también] en su interior varios envoltorios con una sustancia blanquecina, presumiblemente droga”¹⁵⁰. Luego de las pruebas de campo respectivas, el resultado preliminar sobre dichas envolturas encontradas en su posesión, fue positivo para cocaína, con un peso neto de 10.56 gramos.

El 19 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de calificación de flagrancia en contra de Nancy D. por el presunto delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mediana escala, tipificado en el artículo 220 numeral 1 literal b) del COIP. Al tratarse de un delito flagrante sancionado con una pena máxima privativa de libertad de 5 años, el fiscal, conforme lo establece el artículo 640 de la normativa penal, solicitó la aplicación del procedimiento directo.

La audiencia de este procedimiento se llevó a cabo el 28 de noviembre de 2016, en la cual los sujetos procesales solicitaron la aplicación del procedimiento abreviado.

¹⁵⁰ Ecuador: Unidad Judicial Penal con competencia en Infracciones Flagrantes con sede en la parroquia Mariscal Sucre del Distrito Metropolitano de Quito, [Sentencia condenatoria mediante procedimiento abreviado en contra de Diaz Torres Nancy Astrid en juicio penal por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a mediana escala], 9 de diciembre de 2016.

Al verificar que el caso reunía los requisitos previstos en los artículos 635 y siguientes del COIP, la autoridad judicial atendió favorablemente dicha petición dando paso al procedimiento especial.

Conforme lo determina la normativa penal, en esta audiencia la persona procesada consintió expresamente la aplicación del abreviado, así como admitió el hecho atribuido¹⁵¹. Posterior a ello la Fiscalía fundamentó su acusación exponiendo los elementos de convicción recabados hasta ese momento procesal, los cuales, sumados a la declaración inculpativa de Nancy D., demostraban la existencia del delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a mediana escala, así como la responsabilidad en la comisión del mismo.

Con relación a la pena sugerida, la cual conforme lo establece la normativa, debe ser el resultado directo del análisis de los hechos imputados y aceptados, así como de la aplicación de circunstancias atenuantes en caso las hubiere; fiscalía y defensa, al considerar el tema de la reincidencia de la persona procesada, habrían acordado una pena de 36 meses (3 años).

Luego del análisis y consideraciones respectivas, el Juez competente mediante el procedimiento abreviado declaró la culpabilidad de la procesada Nancy D., como autora directa, responsable del delito tipificado y sancionado en el Art. 220 numeral 1 literal B) del COIP, esto es, el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización en mediana escala, imponiéndole una pena privativa de libertad de 36 meses, y una multa de 10 remuneraciones básicas unificadas del trabajador en general¹⁵² conforme a la sugerencia realizada por el fiscal.

Aparentemente lo descrito hasta ahora no evidencia ningún acto ilegal, irregular o cuestionable que se haya presentado en este procedimiento; la procesada admitió libre y voluntariamente su responsabilidad, estuvo de acuerdo con la gravedad de la pena, y el defensor público acreditó la voluntariedad de la procesada, así como el conocimiento de todos los riesgos que el procedimiento abreviado implica.

Sin embargo, como lo he manifestado anteriormente, los actos que son analizados y cuestionados en el presente trabajo, si bien se ejecutan en la figura del procedimiento abreviado, éstos no constan en alguna acta, resolución fiscal o providencia judicial que evidencien su presunta ilegalidad, ni tampoco aparecen (en su mayoría) en una audiencia o instancia procesal, sino que se desarrollan de manera

¹⁵¹ *Ibíd.*

¹⁵² *Ibíd.*

oculta, de manera subterránea; aparentando entonces que los operadores de justicia cumplen fielmente con las normas que integran el ordenamiento jurídico en el ejercicio de sus funciones.

Pero existen casos (si bien excepcionales) como el presente, en el cual se producen actos ilícitos por parte de los propios funcionarios públicos, quienes, en lugar de emplear el poder conferido para asegurar el cumplimiento de la ley y los derechos fundamentales de los ciudadanos, más bien los afecta y viola gravemente en la supuesta búsqueda de seguridad y justicia para la sociedad.

Recalco nuevamente que dichas violaciones no pueden ser comparadas o equiparadas a las ocurridas en décadas pasadas, donde la vida o la integridad personal, eran algunos de los derechos lesionados por los propios agentes del Estado en el transcurso de un proceso penal (la cárcel o ejecución de la sentencia es un tema al que no aludiré en el presente trabajo); sin embargo, persisten ciertos comportamientos por parte de los operadores de justicia, que de manera sutil transgreden la ley, poniendo en peligro los derechos y garantías de quienes se enfrentan al poder punitivo, utilizando al procedimiento abreviado como instrumento facilitador en la ejecución de estas actuaciones ilegales o cuestionables.

Dentro de este juicio, el derecho penal subterráneo se manifestó días previos a la realización de la audiencia del procedimiento directo y abreviado, específicamente en la negociación de la pena.

Conforme lo refiere el defensor público Luis B¹⁵³, faltando dos o tres días para la audiencia del procedimiento directo, se acercó a la Fiscalía a proponer la resolución del caso a través de un procedimiento abreviado¹⁵⁴. La fiscal María V.¹⁵⁵ responsable del proceso, al verificar que la gravedad del delito permitía que el mismo fuera tratado a través de esta forma procedimental, no se habría opuesto al mismo, acordando como calificación jurídica del hecho punible, el delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a mediana escala.

Al tratar el tema de la gravedad de la pena, la fiscal habría propuesto una condena de 36 meses por la reincidencia en la comisión de la infracción¹⁵⁶, señalando que ello responde a que el artículo 636 inciso tercero del COIP, si bien no permite

¹⁵³ Nombres y apellidos completos protegidos.

¹⁵⁴ Luis B., conversación personal al autor, 24 de noviembre de 2017.

¹⁵⁵ Nombres y apellidos completos protegidos.

¹⁵⁶ Luis B., conversación personal al autor, 24 de noviembre de 2017.

rebajar la pena más allá del tercio del mínimo previsto en el tipo penal, y que para el caso en particular serían 12 meses o 1 año de privación de libertad; conforme a dicha interpretación, tranquilamente la pena sí puede ser superior, dependiendo obviamente de las circunstancias de la infracción así como de la negociación y acuerdo al que lleguen las partes. En palabras sencillas, la ley establecería un tope mínimo de la pena, pero no un máximo que se pueda imponer en caso del procedimiento abreviado.

Luis B., en cambio habría sostenido que la rebaja de la pena debería ser el tercio de la mínima prevista en el tipo penal; es decir, de los 36 meses que es el mínimo con el cual la norma sanciona al delito de tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a mediana escala, se debía reducir en un tercio la misma, lo cual daba como resultado 24 meses de privación de libertad. En este supuesto en cambio, se entiende que la norma establece un tope mínimo y máximo para la reducción de la pena en caso del procedimiento abreviado.

La determinación cuantitativa de la pena en este procedimiento especial, es un tema discutido arduamente por los operadores de justicia, pues hay quienes consideran que en su determinación se debe tomar en cuenta tanto las circunstancias agravantes o la reincidencia de la persona procesada (si las hubiere) para calcular la condena a imponer al justiciable. Y por el contrario, están quienes sostienen que dichos elementos no deben ser parte de la negociación pues nada dice la normativa penal al respecto, debiendo entonces considerarse únicamente las circunstancias atenuantes más la disminución del tercio de la pena que establece la ley para este tipo de procesos, al momento de determinar la pena en el procedimiento abreviado.

Conforme lo establece el COIP, la autoridad judicial para individualizar la pena a imponer al procesado, independiente de la modalidad procesal que se haya adoptado para su juzgamiento (pues no especifica alguna en particular), debe tomar en consideración “las circunstancias del hecho punible, atenuantes y agravantes [...]; las necesidades y condiciones especiales o particulares de la víctima y la gravedad de la lesión a sus derechos [...]; el grado de participación y todas las circunstancias que limiten la responsabilidad penal”¹⁵⁷, dependiendo entonces la medida en la cual se gradúe la pena, principalmente del grado de culpabilidad del acusado¹⁵⁸.

¹⁵⁷ COIP, artículo 43.

¹⁵⁸ Hans Welzel, *Derecho penal alemán, parte general*. Trad. por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez, 4ta edición. Chile: editorial jurídica de Chile, 2014, 380.

En función de esta disposición legal es que algunos operadores de justicia (principalmente fiscales) fundamentan su postura de aumentar la condena en el procedimiento abreviado, dado que la normativa penal no excluye dichas circunstancias, estableciendo más bien que se deben tomar en cuenta al momento de dictar una condena en el proceso penal. Y una vez realizado el cálculo referido, de la pena en concreto, deberá reducirse un tercio del mínimo como beneficio que otorga este procedimiento especial.

En este sentido, sostienen algunos que no hay una excepción legal que permita omitir o excluir aquellos elementos constitutivos de la infracción que agravan la culpabilidad del procesado, motivo por el cual, deben ser considerados en la determinación gradual de la condena, aún en el caso del procedimiento abreviado.

A más de ello, sustentan dicha postura bajo el principio de igualdad, señalando que “no debería tener la misma sanción una persona que comete la infracción por primera vez o sin agravantes [...], que una persona que es reincidente en el tipo penal, o que el hecho se cometió con la presencia de dos o más personas”¹⁵⁹.

En el juicio objeto de análisis por ejemplo, al ser la persona procesada reincidente en el cometimiento de la infracción y conforme lo establece el artículo 57 del COIP, la actuación delictual debe ser sancionada con el máximo de la pena privativa de libertad prevista en el tipo penal incrementada en un tercio, lo cual da como resultado en este caso en particular 80 meses; los cuales, y dado que el procesado ha decidido acogerse al procedimiento abreviado, deben ser reducidos en un tercio, dando como resultado 53 meses como la pena a imponer en contra del procesado.

Por otra parte, y quienes se oponen a esta postura, señalan que al momento de determinar la pena en el procedimiento abreviado, no es posible considerar la reincidencia o las circunstancias agravantes del tipo, porque así lo establece la normativa penal.

El artículo 636 inciso tercero del COIP, al referirse a la pena en el caso del procedimiento abreviado, señala: “la pena sugerida será el resultado del análisis de los hechos imputados y aceptados y de la aplicación de circunstancias atenuantes, conforme lo previsto en este Código, sin que la rebaja sea menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal”.

¹⁵⁹ Pablo Jaramillo Luzuriaga, “Análisis de la pena privativa de libertad del procesado por consentir la aplicación del procedimiento abreviado” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2017), 51.

Es decir, hay una disposición normativa expresa que regula la determinación gradual de la pena en el caso de este procedimiento especial. Motivo por el cual, “realizando una interpretación estricta y sin lugar a analogías, la rebaja debe ser al tercio de la pena mínima prevista para el tipo penal de la pena en abstracto”¹⁶⁰, sin considerar la reincidencia o los agravantes del tipo. “Si el legislador hubiera considerado que se deben tomar en cuenta los agravantes y/o la reincidencia, posiblemente habría determinado su forma de aplicación, y se habría señalado que la rebaja es sobre la pena en concreto”¹⁶¹.

Dado que no se estableció de esta manera en el Código Integral Penal, lo contrario sería actuar fuera de la ley “realizando una interpretación extensiva de la norma, lo cual está prohibido y atentaría contra los principios de seguridad jurídica, igualdad y proporcionalidad de la pena”¹⁶².

En el caso en específico entonces, si la pena mínima prevista en el COIP era de 36 meses, el tercio de esa pena son 12 meses, por tanto, la pena a imponer en este caso en particular deberían ser 24 meses.

La pena de 36 meses propuesta por el fiscal ante la autoridad judicial, al parecer no tiene un sustento legal ni matemático, más allá del hecho de que proviene de la negociación y acuerdo de las partes.

Porque no debe olvidarse el carácter o esencia del procedimiento abreviado que, a más de permitir resolver rápidamente la situación jurídica del acusado, también es un instrumento a través del cual los sujetos procesales pueden negociar tanto la configuración jurídica del hecho punible como la pena¹⁶³, pudiendo entonces en determinados casos, tomar o no en cuenta aquellos elementos que modifiquen la gravedad de la condena, debiendo entonces la autoridad judicial como garante de los derechos de la víctima y de la persona procesada, verificar que la pena sugerida por el fiscal, sea una pena “proporcional a la gravedad del hecho, tanto por su jerarquía del bien jurídico afectado, como por la intensidad del ataque al mismo”¹⁶⁴ a fin de que la misma cumpla los fines previsto en la normativa penal.

¹⁶⁰ *Ibíd.*, 50.

¹⁶¹ *Ibíd.*

¹⁶² *Ibíd.*, 70.

¹⁶³ *COIP*, artículo 636 inciso primero.

¹⁶⁴ Juan Bustos Ramírez, “Principios fundamentales de un derecho penal democrático”, <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R01613-2.pdf>>, Consulta: 29 de mayo de 2018.

Pero más allá de ello, lo que interesa a esta tesis, es que la facultad otorgada al agente fiscal, no solo para sugerir el procedimiento abreviado al procesado, sino también para sugerir la pena a la autoridad judicial, y dada la libertad con la cual se está aplicando la norma penal en el cálculo de la pena para este procedimiento especial; deja abierta la posibilidad de que medie algún acto ilegal, irregular o cuestionable por parte del operador judicial para sugerir una pena más o menos benigna a favor del procesado, como en este caso ocurrió.

En el juicio de análisis, tanto el fiscal como el defensor público mantenían una interpretación ‘legal’, pero distinta del artículo 636 del COIP.

Después de conversar y negociar unos minutos sobre este tema, sostiene Luis B. que la fiscal le dijo que “podía cambiar de opinión y sugerir la pena de 24 meses por el delito atribuido [...]; sin embargo, el ‘riesgo’ que ella tomaba por reducir la pena de esa manera, al ser la procesada reincidente en el cometimiento de la infracción, debía ser retribuido o compensado de cierta manera”¹⁶⁵.

El defensor público, confiado de que la propuesta estaría dentro del marco de lo legal, le habría respondido a la fiscal que “no tiene ningún inconveniente”¹⁶⁶. Entonces, y lo subterráneo del procedimiento se habría presentado a continuación.

La fiscal le habría dicho que:

“se trata de un caso complejo, y cuando existe reincidencia o agravantes, no puede sugerir como pena el mínimo aplicando [la] interpretación [hecha por Luis B]; sin embargo, por la edad que tiene la señora (52 años), para solucionar rápido este caso [...] y ayudarle a ella omitiendo de cierta manera la sanción que le correspondería por la reincidencia, solicitaría al juez la pena de 24 meses, siempre y cuando la procesada le pague la cantidad de cuatro mil dólares hasta antes de la audiencia, debiendo [además] guardar la absoluta reserva del caso”¹⁶⁷.

¿Cómo reaccionó usted, y que respondió?, le pregunté al defensor público.

Me sorprendí, pero no critiqué semejante propuesta ilegal que me había hecho para no dañar el trato del procedimiento abreviado [...]; pero no sabía que decir, así que solamente le pedí [a la fiscal] que tenga un poco más de consideración, ya que Nancy era una persona de escasos recursos, por eso mismo la Defensoría Pública era quien le patrocinaba el caso y no un abogado particular, por lo que muy difícilmente podría pagar esa cantidad de dinero, y menos aun cuando faltaban solo dos o tres días para la audiencia [...]¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Luis B., conversación personal al autor, 24 de noviembre de 2017.

¹⁶⁶ *Ibíd.*

¹⁶⁷ *Ibíd.*

¹⁶⁸ *Ibíd.*

A ello recuerda Luis que la fiscal le habría indicado “que no puede hacer más, lamentablemente la persona es reincidente, y ella (María V) se estaba arriesgando al disminuir la pena en esa medida”¹⁶⁹.

“Creo que la fiscal entendió mal mis palabras, yo le dije que Nancy era de escasos recursos económicos, no para que le rebaje la cantidad de dinero que pedía a cambio de la disminución en la pena, sino para que no sea el dinero lo que medie esta propuesta [...]”¹⁷⁰ y más bien sea algo legal, sostiene Luis B.

Posterior a ello y ante la evidente imposibilidad de que la fiscal ceda en cuanto a la determinación de la pena, el defensor público prefirió retirarse, aceptando en todo caso la disminución de la condena por el juicio abreviado a 36 meses, confiando que en el día de la audiencia, la autoridad judicial reduciría la pena conforme a lo previsto en el COIP¹⁷¹.

Resulta penoso que la ambigüedad normativa en cuanto a la rebaja de la pena para este tipo de procesos, sumado a la flexibilidad de derechos y garantías que este proceso especial permite en el juzgamiento de una persona; sin olvidar la facultad otorgada al fiscal para decidir que casos se tramitan o no mediante el proceso abreviado, incluyendo la potestad de sugerir la gravedad de la pena; sean aprovechados por algunos funcionarios para obtener ciertos beneficios personales, coaccionando de cierta manera la voluntad del procesado a costa del tiempo de privación de libertad.

La admisión de responsabilidad por parte del procesado dentro de un juicio abreviado, tiene que ser por sobre todo voluntaria y legítima. Y si bien la humanidad ha dado pasos importantes para proscribir cualquier forma de tortura; este tipo de procesos dejan abierta la posibilidad para que de una manera distinta a la conocida, pero que de igual manera sigue siendo ilegal, irregular o cuestionable, se vulneren derechos y se coaccionen voluntades.

Esto es el derecho penal subterráneo, ahora presentándose como un presunto caso de concusión ejercido por un funcionario público en contra del abogado del procesado, utilizando nuevamente a la pena como instrumento perturbador, ahora, en la negociación de la condena, para obtener algún tipo beneficio o recompensa a cambio de que la misma, sea más, o menos benigna en favor del procesado.

¹⁶⁹ *Ibíd.*

¹⁷⁰ *Ibíd.*

¹⁷¹ *Ibíd.*

Pero la ilegalidad no es la única característica de este tipo de actuaciones, sino que la clandestinidad, el ocultamiento y la reserva son inherentes a ella, tanto es así que en el juicio referido al momento en que se llevó a cabo la presunta extorsión, a más del defensor público y el agente fiscal, no había otra persona presente en el lugar, ni tampoco hubo un registro o una grabación que evidencie el momento¹⁷², lo cual, sumado a la necesidad de continuar con el procedimiento abreviado, hace que las víctimas opten por el silencio y la impunidad bajo la confianza de que estos hechos se tratarían de un caso excepcional o aislado dentro del sistema judicial.

Por ello mi crítica a la obscuridad normativa que reviste a este elemento del proceso abreviado, sobre todo, porque su interpretación voluble conllevaría a que el procesado se vea afectado en sus derechos respecto al tiempo de privación de libertad; tiempo que es descrito en la audiencia como el resultado del ‘acuerdo’ de los sujetos procesales, lo cual lo reviste de la legalidad que le brinda el COIP; sin embargo, y conforme lo expuse anteriormente, dicho acuerdo podría estar viciado de ilegalidades que no aparecerán en la audiencia o en el proceso, pero que deberían ser subsanadas por los jueces de garantías al momento de emitir su resolución.

En el juicio de análisis, la fiscal interpretaba la norma señalando que la rebaja de la pena no podía ser menor al tercio del mínimo previsto en el tipo penal (12 meses), pero sí podía ser superior dependiendo las circunstancias del hecho punible, como en este caso la consideración de que la persona era reincidente en el cometimiento de la infracción, motivo por el cual consideraba que la pena debía ser de 36 meses lo cual era legalmente válido, porque en todo caso existía una disminución en la condena- si bien en menor medida- que la procesada hubiera recibido en un juicio ordinario.

Por su parte la defensa en cambio proponía que la rebaja se la obtenga calculando del mínimo penal, el tercio de ella; es decir, de los 36 meses que es el mínimo, reducir 12 meses que es el tercio del mínimo, dando como resultado una pena de 24 meses a imponer. Actualmente, cualquiera de las interpretaciones y dada la obscuridad normativa se consideran legales, dependiendo entonces de las partes acordar la condena conforme a la descripción e interpretación que más les convenga.

Ello debe ser corregido por el legislador¹⁷³, dado que su ambigüedad interpretativa ocasiona, como en el referido caso, que la disminución punible se vea en momentos afectada por actos ilegales provenientes por cualquiera de los sujetos

¹⁷² *Ibíd.*

¹⁷³ *Constitución de la República del Ecuador*, artículo 120 numeral 6.

procesales a fin de hacerse acreedor a una determinada rebaja (más o menos benigna) en su condena.

Ante la condena de primera instancia, Luis B. interpuso un recurso de apelación, señalando ante el tribunal que “no criticó la pena acordada con la fiscalía, para no entorpecer la salida alternativa que tenía la usuaria”¹⁷⁴, dando a entender entonces que la aplicación del procedimiento abreviado, antes que responder al cumplimiento de los requisitos previstos en el COIP, obedecerían a la aquiescencia o voluntad del fiscal; debiendo el procesado guardar silencio sobre cualquier acto ilegal, irregular o cuestionable que se haya ejecutado en su contra si quiere beneficiarse de la reducción en la condena que ofrece este proceso especial.

Por su parte la Fiscalía sostuvo que la condena sí fue reducida, dado que la pena que hubiera correspondido para el caso en específico considerando que la persona procesada era reincidente en el cometimiento de la infracción, hubiera sido de 6 años 8 meses; pena respecto de la cual se redujo conforme el COIP al haberse aplicado el procedimiento abreviado¹⁷⁵.

El tribunal *ad quem* aceptó el recurso de apelación modificando la pena de 36 meses impuesta en primera instancia, a 24 meses de privación de libertad conforme al límite (mínimo y máximo) previsto en el inciso tercero del artículo 636 del COIP. Es decir, los mismos hechos y circunstancias jurídicas que merecieron una pena mayor por el Juez de primer nivel y el ‘acuerdo’ de las partes; fue posteriormente modificada por el tribunal superior, lo cual demuestra la libertad con la cual se puede “acordar” o “negociar” una pena dentro del procedimiento abreviado.

Estos son los peligros que se generan con este procedimiento especial, donde los derechos fundamentales y garantías procesales quedan subyugados a la voluntad de los sujetos; pudiendo entonces, en ocasiones, mediar entre su aplicación o inobservancia, actos irregulares que vicien el supuesto acuerdo de las partes, los mismos que si bien no constan registrados en el proceso o son declarados en la audiencia, se manifiestan extraprocesalmente, de manera oculta, ejecutados por los propios funcionarios; permitiéndonos entonces hablar de un derecho penal subterráneo en el procedimiento abreviado.

¹⁷⁴ Ecuador: Sala Única Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, [Recurso de apelación interpuesto por Díaz Torres Nancy Astrid, en juicio penal por tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización a mediana escala], 17 de marzo de 2017.

¹⁷⁵ *Ibíd.*

Cualquier forma de vejamen o maltrato que afecten a los derechos de las personas, deben ser corregidos y denunciados por la defensa, quienes son los “vigilantes y defensores de los derechos humanos de sus patrocinados, entendiendo que la defensa no se verifica y agota con el asesoramiento y la representación”¹⁷⁶, sino también con la exclusión de cualquier forma de ilegalidad que pretenda inducir a la autoincriminación o a la negociación de la pena en términos que sean contrarios a la norma o en perjuicio del procesado.

Derechos, Garantías y Principios Procesales que se identificaron vulnerados en este caso, y delitos cometidos por los funcionarios judiciales		
Derecho a la defensa (Artículo 77 numeral 7 literal c) Constitución)	Debido Proceso (artículo 76 numeral 1 Constitución)	Omisión de denuncia (artículo 277 COIP)
El agente fiscal a cambio de sugerir en la audiencia la imposición de una pena más favorable, solicitó dinero al procesado a través de su abogado defensor, cometiendo de esta manera el delito de concusión.	El Juez en la audiencia de procedimiento abreviado, no tomó en consideración las circunstancias por las cuales la Fiscalía solicitaba la imposición de una pena de 36 meses, pareciendo ser entonces que no hubo una rebaja de pena a favor del procesado pese haberse acogido al procedimiento abreviado, de esta manera no garantizó los derechos del procesado conforme lo establece la Constitución y el COIP, convirtiéndose en un simple ejecutor de la decisión fiscal.	El defensor público no denunció el hecho y tampoco dijo nada en la audiencia de procedimiento abreviado, supuestamente para no dañar los acuerdos adoptados, lo cual deja abierta la posibilidad de que estos actos ilegales se repitan con otros procesados, cometiendo el delito de omisión de denuncia previsto en el COIP.

¹⁷⁶ Jorge Paladines, “Imágenes de la flagranza. El ser presentado en la detención ecuatoriana”, en Look Hulsman, *Serta: In memoriam Louk Hulsman* (España: ediciones Universidad Salamanca, 2016), 823

Conclusiones

1. El análisis jurídico-práctico de tres casos resueltos mediante el procedimiento abreviado, evidencian que en la sustanciación de este juicio especial, algunos representantes de varias instituciones judiciales, ejecutaron actos contrarios al ordenamiento jurídico, con el objeto de que el procesado decida someterse al procedimiento abreviado. Esta coacción nace de la preocupación respecto a las dificultades probatorias de los elementos de convicción recabados hasta ese momento procesal, lo cual dificultaba el trabajo del agente fiscal para demostrar, más allá de toda duda razonable, la participación y responsabilidad penal del acusado.

Entre los actos ilegales, irregulares o cuestionables que se pudo evidenciar, constan la omisión deliberada del fiscal de incluir en el proceso penal aquellos elementos de convicción que sirven de descargo al procesado; se usa a la gravedad de la pena como instrumento para coaccionar la voluntad del acusado y someterlo al procedimiento abreviado; hubo presencia de dinero en la negociación de la pena quedando sujeta su determinación gradual a este elemento ilegal; amenazas a familiares del procesado para que admita su responsabilidad en el hecho delictual, fueron algunas de las actuaciones que estuvieron presentes en el transcurso del juzgamiento de una persona a través de esta forma procedimental; hechos irregulares que me permiten concluir, que existe un derecho penal subterráneo, en la sustanciación del juicio especial abreviado.

2. La investigación teórico-dogmática efectuada alrededor del concepto 'derecho penal subterráneo', permitió entender a éste como aquel poder punitivo ejercido por los organismos y funcionarios estatales al margen de cualquier legalidad, desempeñando su rol o función fuera del poder jurídico.

Pero no toda actuación debe ser ilegal o constituir un delito para configurar este fenómeno procesal, sino que la doctrina también considera como derecho penal subterráneo, a aquellas actuaciones irregulares o cuestionables ejecutadas por los funcionarios u operadores de justicia en la sustanciación de una causa penal.

La magnitud de este fenómeno dependerá, no solo de las características de cada sociedad o del sistema penal vigente; sino y, sobre todo, de la fortaleza de las agencias judiciales, los controles efectivos de los poderes estatales, y su independencia de la

Función Ejecutiva si se tratasen de regímenes presidenciales como el nuestro; todo lo cual confluye para evitar que violaciones a derechos humanos como las ocurridas en las décadas de los años 80 y 90, vuelvan a repetirse.

Finalmente, el discurso político y la criminalización mediática constituyen elementos fundamentales en la legitimación y desarrollo de este tipo de derecho subterráneo ejecutado sobre determinadas conductas o personas.

3. La existencia de la infracción y la responsabilidad de la persona procesada, es resuelta entre los sujetos procesales, de manera previa a la instalación de la audiencia del juicio abreviado.

La Unidad de Flagrancia es el escenario perfecto para el juicio abreviado, ya que la probabilidad de una sentencia condenatoria al haber sido detenido en delito flagrante, es inminente; lo cual coadyuva a que a que las partes recurran a esta forma procedimental como forma de sustanciar el proceso penal, y de ahí su incremento significativo en la estadística procesal.

Por otro lado, al momento en que una persona decide someter su caso al procedimiento abreviado, tanto el fiscal como el abogado de la defensa, inician una negociación sobre la participación que se le atribuirá al acusado por el ilícito atribuido, y su condena.

Dicha negociación, en todos los casos que se observó, nunca se desarrolló una vez instalada la audiencia ante la autoridad judicial, sino que más bien, fueron días o momentos previos a la misma, que fiscalía y defensa acordaron la responsabilidad y condena del procesado.

Es por ello que los actos ejecutados por los funcionarios y operadores judiciales y que producen cierta tensión con los derechos y garantías procesales, en su mayoría, no constan registrados en el proceso ni son expuestos en la audiencia, sino que por el contrario, se realizan de manera oculta, extrajudicialmente, convirtiendo a las etapas del proceso penal, en simples rituales necesarios para emitir una sentencia; sumando entonces a la ilegalidad del derecho subterráneo, la reserva y el secretismo en el que se realizan estos actos, lo cual asegura su impunidad.

4. Del análisis de los casos expuestos, con relación a la valoración de la prueba por parte de los Jueces de Garantías Penales, se puede concluir que cualquier debilidad,

o incluso ilegalidad probatoria, advertida o no por la autoridad judicial, es subsanada con la admisión de responsabilidad del procesado.

El juez, por lo menos en los juicios analizados, no controló ni criticó la actuación investigativa ni acusadora del fiscal, limitándose simplemente a escuchar a las partes, incorporando como mecanismo probatorio todos los elementos de convicción presentados por el fiscal, los cuales fueron utilizados más tarde para motivar su resolución judicial.

Ello, pese a que en el caso de robo por ejemplo, el juez, extraprocesalmente conocía de la omisión en la fijación de la cadena de custodia sobre los bienes objeto del delito; sin embargo, al momento en que el fiscal lo presentó en la audiencia del abreviado, no cuestionó ni criticó a este elemento de convicción, y más bien lo valoró como elemento de prueba para dictar sentencia condenatoria. O en otro de los casos, en donde el procesado, en plena audiencia, advirtió haber sido presionado para aceptar el juicio abreviado; sin embargo, el juez no hizo nada limitándose simplemente a no dar paso al abreviado.

Al parecer en este tipo de procesos especiales, el juez se ha convertido en un simple funcionario ejecutor de los acuerdos presentados por las partes y las sugerencias realizadas por los fiscales, valorando como prueba cualquier elemento indiciario que se le muestre, cuya ilegalidad o debilidad probatoria es subsanada con la admisión de responsabilidad del procesado.

5. Este trabajo investigativo mostró los fundamentos teóricos de dos posiciones antagónicas desarrolladas en torno al procedimiento abreviado. En tal virtud, no se puede desmerecer completamente a esta figura procesal que brinda ciertos beneficios como la reducción e inmediatez de la pena a quien en algún momento enfrenta un proceso penal. Las actuaciones ilegales, irregulares o cuestionables descritas en este trabajo, no provienen únicamente de los funcionarios públicos, sino de personas particulares también; motivo por el cual, más que la figura procesal, dependerá de los profesionales del derecho ejercer su función respetando no únicamente a las normas que integran el ordenamiento jurídico, sino también en el marco de la moral y de la ética profesional, lo cual reducirá, y talvez en un futuro, eliminará del sistema jurídico ecuatoriano, estas prácticas constitutivas del derecho penal subterráneo.

Bibliografía

- Aguirre, Santiago Marino. *El juicio penal abreviado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot editores, 2001.
- Aponte Cardona, Alejandro. *Guerra y derecho penal del enemigo. Reflexión crítica sobre el eficientismo penal del enemigo*. Bogotá: editorial Ibáñez, 2006.
- Aponte, Alejandro David. *Juez constitucional y nuevo eficientismo penal: dilemas hacia el derecho público en Colombia*. Buenos Aires: Konrad-Adenauer-Stiftung editores, 2000.
- Armenta Deu, Teresa. *El nuevo proceso abreviado. Reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de 24 de octubre de 2002*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales, 2003.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: ediciones legales Edle S.A., 2013.
- Baratta, Alessandro. *Política criminal. Entre la política de seguridad y la política social en países con grandes conflictos sociales y políticos*. Bogotá: Ciencias Jurídicas, 1998.
- Carbone, Carlos Alberto. “Medidas coercitivas en cuerpo y alma del imputado frente a la prueba, ante la prohibición de autoincriminación”. En Edgardo Alberto Donna, *La injerencia en los derechos fundamentales del imputado-II*, 200-45. Argentina: Rubinzal-Culzoni editores, 2006.
- Corvalán, Víctor. *La simplificación procesal*. Buenos Aires: editorial Instituto Panamericano de Derecho Procesal, 1997.
- Chinnici, Daniela. *Defensa técnica y autodefensa en el proceso penal italiano: entre la necesidad de una defensa efectiva y el respeto de la elección defensiva en cuanto derecho del individuo*. Buenos Aires: ediciones Ad-hoc, 2007.
- D’Albora, Francisco. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*. Buenos Aires: ediciones Ad-hoc, 2000.
- Escriche, Joaquín. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 2da ed. Bogotá: editorial Temis, 1998.

- Ferrajoli, Luigi. *Epistemología jurídica y garantismo*, 1era. ed. México: ediciones Fontamara, 2004.
- Ferrajoli, Luigi, Eugenio Raúl Zaffaroni, Sergio Gabriel Torres y Ricardo Basilco. *La emergencia del miedo*, 1ra. ed. Argentina: ediciones Ediar S.A. 2013.
- García Falconí, Ramiro. *Temas fundamentales del derecho procesal penal*, tomo I. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011.
- Garland, David. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: editorial siglo XXI, 1999.
- Hidalgo Murillo, José Daniel. *El juicio oral abreviado*, 1era. ed. México: editorial Porrúa, 2011.
- Jaramillo, Pablo. “Análisis de la pena privativa de libertad del procesado por consentir la aplicación del procedimiento abreviado”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2017.
- Luhman, Niklas. *El derecho en la teoría de la sociedad*. Barcelona: editora Bosch, 1993.
- Maier, Julio. *El proceso penal contemporáneo*, 1era. ed. Perú: Palestra editores, 2008.
- Maier, Julio y Alberto Bovino. *Procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- Mathiesen, Thomas. *Juicio a la prisión*. Buenos Aires: ediciones Ediar, 2003.
- Narváez, Marcelo Hernán. *Procedimiento penal abreviado*, 1era. ed. Quito: librería jurídica Cevallos, 2003.
- Paladines, Jorge Vicente. “Imágenes de la Flagrancia. El ser presentado en la detención ecuatoriana”. En Look Hulsman, *Serta: in memoriam Louk Hulsman*. España: ediciones Universidad de Salamanca, 2016.
- Pastor, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho. Una investigación acerca de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones*, 1era. ed. Argentina: editorial Ad-hoc, 2002.
- Picó Junoy, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch editora, 2002.
- Rafecas, Gabriel y Gabriela Andreozzi. *Juicios por crímenes de lesa humanidad en Argentina*. Buenos Aires: editores del Puerto, 2011.
- Rafecas, Daniel Eduardo. *La tortura y otras practicas ilegales a detenidos*, 1era. ed. Buenos Aires: editores del Puerto, 2010.

- Roxin, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, tomo I. Quito: Cevallos editora jurídica, 2011.
- Sarrulle, Oscar Emilio. *La crisis de legalidad del sistema jurídico penal (abolicionismo o justificación)*. Buenos Aires: editorial Universidad de Buenos Aires, 1998.
- Schmidt, Eberhard. *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, 2da. ed. Costa Rica: edición Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, 1997.
- Schönbohm, Horst y Lösing Norbert. *Sistema acusatorio, juicio oral, proceso penal en América Latina y Alemania*. Caracas: Fundación Konrad Adenauer, 1995.
- Touma, Jorge. “La aplicación del procedimiento abreviado en la Unidad de Flagrancia de Quito: eficacia judicial vs. derecho a la no autoinculpación”. Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2014.
- Vanella, Carolina. “Cuando la estrategia vence a la constitucionalidad”. En Edgardo Alberto Donna, dir. *Revista de derecho penal*, 685-705. Argentina: Rubinzal-Culzoni editores, 2012.
- Wacquant, Loïc. *Las dos caras del gueto*. Buenos Aires: editora del siglo XXI, 2010.
- Welzel, Hans. *Derecho Penal alemán, parte general*. Chile: editorial jurídica de Chile, 2014.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La cuestión criminal*. Buenos Aires: planeta editores, 2011.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Slokar y Alejandro Alagia. *Derecho penal parte general*, 2da. ed. Buenos Aires: Editar S.A., 2002.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl. *La palabra de los muertos: Conferencias de criminología cautelar*. Buenos Aires: ediciones Ediar, 2011.

Normativa:

Constitución de la República del Ecuador.

Código Orgánico Integral Penal.

Código Orgánico de la Función Judicial.

Código de Procedimiento Penal (derogado).

Resolución No. 073-FGE-2014: Manuales, protocolos, instructivos y formatos del sistema especializado integral de investigación medicina legal y ciencias forenses.