

La realidad de la prisión preventiva frente a las reformas procesales penales en el Ecuador

The reality of pre-trial detention in the face of criminal procedural reforms in Ecuador

Stefan Krauth

Asesor de despacho de la Defensoría Pública del Ecuador

Artículo Original (Investigación)

RFJ, No. 6, 2019, pp. 207-228, ISSN 2588-0837

RESUMEN: Este artículo muestra cómo las reformas procesales penales en el Ecuador acaban en un mejoramiento de la eficiencia del sistema penal, mientras se mantienen o incluso agravan sus debilidades tradicionales como es la arbitrariedad de la privación de la libertad. Mediante el estudio sobre la realidad de la prisión preventiva se puede demostrar no solamente la selectividad en la realización del plan de reformas, sino también la capacidad de resistencia de la cultura jurídica en la Región, el hiperlegalismo y su cumplimiento altamente selectivo, cuales bases materiales e históricas no han sido consideradas por los proveedores internacionales de asistencia. Finalmente, se debe constatar la *reconfiguración inquisitorial* del sistema adversarial.

PALABRAS CLAVES: prisión preventiva, reformas, sistema procesal, hiperlegalismo, reconfiguración inquisitorial.

ABSTRACT: This article shows how criminal justice reforms in Ecuador lead to an improvement in the efficiency of the criminal justice system, while maintaining or even aggravating its traditional weaknesses, such as the arbitrariness of deprivation of liberty. Through the study of the reality of pre-trial detention, it is possible to demonstrate not only the selectivity in the implementation of the reform plan, but also the resilience of the legal culture in the Region, hyperlegalism and its highly selective compliance, both historical factors that might not have been considered by international assistance providers. Finally, we must verify the *inquisitorial reconfiguration* of the adversarial system.

KEY WORDS: preventive detention, reforms, procedural system, hyperlegalism, inquisitorial reconfiguration.

INTRODUCCIÓN

Un Estado de derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el derecho penal, sino también del derecho penal. (Claus Roxin).

Los hallazgos del estudio empírico realizado por la Defensoría Pública del Ecuador (2008) sobre la realidad de la prisión preventiva en el país muestran arbitrariedades y defectos por parte de los operadores de la justicia a gran escala al dictar esta medida cautelar. No solo intranquilizan las cifras absolutas sobre las personas privadas de libertad por esta medida privativa de libertad⁶³, es decir de personas quienes, como es sabido, gozan de la presunción de la inocencia, más bien es el desacato *sistemático* de los mecanismos establecidos en el Código Orgánico Integral Penal, la Constitución de la República y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuales tienen como objetivo *reducir* el abuso de la prisión preventiva, como también es sabido, notorio en nuestra Región (2017).

Con esto hago, sobre todo, referencia al principio de la proporcionalidad y a la obligación de *motivar* los autos dictando prisión preventiva. El estudio de 360 casos de prisión preventiva mostró que, contrario a las normativas mencionadas, en ninguno de los expedientes analizados, el juzgador haya considerado aspectos de la necesidad y proporcionalidad al dictar la medida cautelar. Ninguna de las resoluciones ha cumplido con las exigencias del ordenamiento jurídico en cuanto a la motivación.

63 Según datos del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, en el mes de septiembre de 2017 se encontraron un total de 12.680 personas privadas de libertad por prisión preventiva, es decir un 36,11 % del total de 35.223 personas privadas de libertad. Para entender mejor la proporción, cabe mencionar las cifras de Alemania: En el mes de noviembre del año 2016, 12.992 personas estuvieron encarceladas por prisión preventiva - ante la población alemana de 82.2 Millón (Ecuador: 16.39 Millón). Es decir, en el Ecuador, la tasa de la encarcelación por prisión preventiva es cinco veces más alta que en Alemania. Para el año 2018, esta cifra se aumentó nuevamente: actualmente, según el reporte del julio de 2018, son 13.946 personas privadas de libertad por prisión preventiva.

Bajo el código vigente, la prisión preventiva sigue siendo la regla. En el periodo de nuestro estudio (2014 - 2016), el 95 por ciento de las audiencias de flagrancia terminan con la privación de la libertad. Y como es la regla, *no* motivar la decisión judicial, es la regla invertir la carga de la prueba para la procedencia de la prisión preventiva en contra de la persona procesada. Atentando contra la normativa nacional e interamericana, existe el *automatismo* dictar la prisión preventiva siempre que la defensa no presente documentos del llamado “arraigo social”, un concepto, que no consta en el COIP, que es – simple y llanamente – un fantasma jurídico.

En vez de ser “uno de los principales mecanismos de protección de los derechos fundamentales” (2012), la audiencia de control de detención (denominada audiencia de calificación de flagrancia⁶⁴ en el Ecuador) se convirtió en una “fábrica de detenidos al mejor estilo *fordista*” (2013) cuándo el problema no solamente son la *cifras* de privaciones de la libertad por una medida cautelar, sino la *arbitrariedad* subyacente, es decir las falencias (¿o el boicot?) por parte de los juzgadores frente a la motivación, la distribución de la carga de la prueba y la consideración del principio de la proporcionalidad.

En vista de los hallazgos del estudio, este artículo quiere enlazar las falencias en el manejo de la medida cautelar con las reformas procesales penales las cuales se han realizado en América Latina durante las últimas décadas. Exponiendo los fines de estas reformas podremos entender si – en el campo controvertido de la prisión preventiva y en el ejemplo concreto del Ecuador – las reformas han logrado sus objetivos. La metodología de investigación consiste en primer lugar en contraponer los objetivos como declarados por los agentes de las reformas procesales penales con los hallazgos del estudio sobre la Prisión Preventiva.

Luego intento de dar una explicación para la (posible) discrepancia entre realidad y fines de la reforma procesal penal. A este respecto,

64 Artículo 529 del Código Orgánico Integral Penal prescribe que, “en casos de infracción flagrante, dentro de las veinticuatro horas desde que tuvo lugar la aprehensión, se realizará la correspondiente audiencia oral ante la o el juzgador, en la que se calificará la legalidad de la aprehensión. La o el fiscal, de considerarlo necesario, formulará cargos y de ser pertinente solicitará las medidas cautelares.” La “concentración” se reúne en tres pasos procesales en una sola audiencia: calificar la legalidad de la detención, formular cargos y solicitar medidas cautelares.

el autor enfrentó la dificultad de ofrecer una explicación para un fenómeno social, que tiene un sinnúmero de “causales”. En las palabras de Bolívar Echeverría: “Explicar es dar la razón suficiente de la presencia de una cosa, sin caer en contradicción.” (1998) En el contexto de esta investigación, “cosa” es la discrepancia entre realidad y objetivo de la reforma.

Como el mundo real y su historia es, en su totalidad cualitativa, único e irrepetible, nos vemos obligado a dar un paso más en esta definición: “Explicar una cosa (..) es dar la razón de ser de su singularidad cualitativa” (1998). Ante esta definición, solo puedo ofrecer, en forma de conclusión, una cierta plausibilidad para el fracaso de las reformas procesales penales en la singularidad de la historia del Ecuador.

1. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD EN EL ECUADOR EN CIFRAS DESDE EL AÑO 1989

Para los fines de este análisis cabe mostrar cómo se han presentados los datos sobre la prisión preventiva desde el año 2001, lo cual coincide con la implementación del sistema acusatorio-adversarial en el año 2000 del corte anglosajón y, consecutivamente, la instalación de las llamadas unidades de Fragrancia en el Ecuador.

Tabla 1. Privación de libertad

Año	Personas privadas de libertad por prisión preventiva	Cuota de la población carcelaria en total en por ciento	Personas privadas de libertad por prisión preventiva por 100 000 habitantes
2001	5,451	70.4%	42
2005	7,713	63.0%	56
2009	7,107	46.0%	48
2014	9,518	39.6%	59
2018	13,073	34.9%	77

Fuente: World Prison Brief Data, Ecuador, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Elaboración: Propia.

Se puede desprender de estas cifras⁶⁵ tres lecciones: 1. Hoy hay más detenidos por prisión preventiva. 2. Hay, en conclusión inversa de las cifras absolutas más altas y del porcentaje respecto a todos detenidos más bajo, más personas sentenciadas. 3. Como cada año hay *relativamente* (en cuanto a la población carcelaria) menos personas esperando su juicio en la cárcel, la justicia penal parece condenar con más celeridad.

Tabla 2. Número de PPL por estado procesal en el año 2019

Estado Procesal	Total PPL	% Participación
Sentenciados	24.104	60,93%
Procesados	13.938	35,23%
Contraventores	583	1,47%
Apremio	933	2,36%
TOTAL	39.558	100,00%

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad

Elaboración: SNAI, Dirección de Planificación - Unidad de Estadísticas

Fecha de corte: 13 de marzo de 2019

De estas cifras se puede concluir un ligero aumento del porcentaje de personas privadas de su libertad para el año 2019. Una interpretación podría ser que el aumento de la celeridad al condenar ha llegado a su climax. Sin embargo, deberíamos observar el desarrollo de cifras para el futuro.

65 Las cifras sobre las personas privadas de libertad por prisión preventiva son sujetas a fluctuaciones. Por ejemplo, en el enero 2018 han sido 12.192, mientras en el julio del mismo año, ya han sido 13.946 personas afectadas.

Tabla 3. Tasa de PPL por cada 100 mil habitantes (2006 – 2018)

Año	Tasa PPL X 100.000 Hab
2006	195,4
2007	195,2
2008	148,1
2009	127,1
2010	157,0
2011	176,3
2012	215,0
2013	251,1
2014	232,5
2015	255,4
2016	289,9
2017	332,9
2018	342,5

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad

Elaboración: SNAI, Dirección de Planificación - Unidad de Estadísticas

Fecha del reporte: 15 de marzo de 2019

Estas cifras muestran el incremento de la cifra de personas privadas de libertad (PPL) en el Ecuador a partir del año 2012, mientras entre 2008 y 2011 se ha reducido el número de PPL por 100 000 habitantes.

Una posible explicación puede ser el aumento de las penas en el COIP, que entró en vigencia en agosto de 2014. Sin embargo, las cifras han sido aún más altas en el año 2013, por lo tanto, se requiere una interpretación que considere factores adicionales.

Tabla 4. Incremento de penas en el COIP

Grupo homologado de infracción	Hombre	Mujer	Total PPL	% Participación
Delitos relacionados con drogas	9.579	1.566	11.145	28,63%
Delitos contra la propiedad	9.700	480	10.180	26,15%
Delitos contra la integridad sexual y reproductiva	5.844	30	5.874	15,09%
Delitos contra la inviolabilidad de la vida	4.808	208	5.016	12,88%
Asociación ilícita y delincuencia organizada	1.617	307	1.924	4,94%
Otros grupos de delitos, contravenciones y apremio de alimentos	4.502	292	4.794	12,31%
TOTAL	36.050	2.883	38.933	100,00%

Fuente: Registros Administrativos de los Centros de Privación de Libertad

Elaboración: SNAI, Dirección de Planificación - Unidad de Estadísticas

Fecha de corte: 30 de enero de 2019

Para lo planteado en esta investigación es de interés que más que el 50 por ciento de las PPLs están en las cárceles por delitos relacionados con drogas y por delitos contra la propiedad.

Estos dos grupos de infracción generalmente constan delitos de la denominada “criminalidad menor” - la cual las reformas intentaron de procesar más rápido mediante procedimientos abreviados y directos. Por ende, es de suponer que el porcentaje de PPLs condenadas por estos grupos de infracción ha aumentado en los últimos años. Sin embargo, carecen datos que sostengan esta hipótesis.

Tabla 5. Histórico de PPL y Población Nacional 1989 - 2019

AÑO	POBLACION PPL ANUAL	PROYECCIÓN DE POBLACIÓN NACIONAL - INEC
1989	6.978	
1990	7.679	10.149.666
1991	7.884	10.355.598
1992	7.998	10.567.946
1993	8.856	10.786.984
1994	9.064	11.012.925
1995	9.646	11.246.107
1996	9.961	11.486.884
1997	9.506	11.735.391
1998	9.439	11.992.073
1999	8.520	12.257.190
2000	8.029	12.531.210
2001	7.859	12.814.503
2002	8.723	13.093.527
2003	9.866	13.319.575
2004	11.358	13.551.875
2005	11.603	13.721.297
2006	16.584	13.964.606
2007	16.933	14.214.982
2008	13.125	14.472.881
2009	11.517	14.738.472
2010	14.550	15.012.228
2011	16.704	15.266.431
2012	20.826	15.520.973
2013	24.863	15.774.749
2014	23.531	16.027.466
2015	26.421	16.278.844
2016	30.656	16.528.730
2017	35.967	16.776.977
2018	37.802	17.023.408
2019	39.558*	

*Marzo 2019, Fuente: SNAI, Ministerio de Justicia

Esta tabla muestra las cifras en absoluto. En los últimos cinco años, la población cancelaría en el Ecuador ha crecido por por 16.028 en total y por lo tanto, un aumento anualmente de 3.205,6 personas. Suponiendo este incremento, tendremos 42.362 Personas Privadas de Libertad en el año 2020 y 67.600 en el año 2029, mientras en el año 1989 eran 6.978 personas. De allí se puede concluir que las reformas procesales penales han iniciado no solo un proceso, sino toda una lógica punitiva. (Lógica punitiva en el sentido de que la privación de la libertad masiva llegó a ser la respuesta “natural” de la sociedad ante una supuesta (percibida) inseguridad).

2. REFORMAS PROCESALES PENALES Y EL AUMENTO DE LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

Ahora bien, dado el caso de que las reformas procesales realizadas en las últimas décadas en la Región (2011) y en las cuales solamente la *United States Agency for International Development* (USAID) tuvo una inversión de más de 1.5 millones de dólares en el Ecuador (2001), tuvieran también como objetivo reducir la arbitrariedad frente a la privación de la libertad y garantizar la seguridad jurídica (o más general, fortalecer el *rule of law* (2012) el imperio de la ley - entendido como previsibilidad de la reacción estatal ante nuestro comportamiento).

Sí cabe la pregunta: ¿Las reformas aplicadas en el Ecuador han sido exitosas? En otras palabras: ¿La reforma procesal penal exacerbó o mitigó la arbitrariedad judicial en el Ecuador? O, si la arbitrariedad no haya sido mitigada, ¿La reforma ha aumentado el número de *personas afectadas* por ella?

Empecemos por el momento examinado lo que las reformas han logrado sin duda: más detenidos, sea por prisión preventiva o sentencia firme, y más personas procesadas en menos tiempo o menos recursos aplicados y más personas sentenciadas, lo que por lo general es visto como eficiencia del sistema penal - si se entiendo como eficiencia la ‘buena’ relación entre los logros conseguidos y los recursos utilizados en el mismo.

Sin embargo, desde allí se origina un abanico de preguntas: ¿Hemos ganado más justicia? ¿Menos impunidad? ¿Más confianza en los operadores del sistema penal? ¿Una justicia independiente, por primera vez en la historia de la República? ¿Una justicia que limite el poder del Estado?

Y si hayamos ganado seguridad: ¿Qué seguridad, seguridad también en el sentido del amparo de privaciones arbitrarias de la libertad? ¿El sin-número de presos hace el país más seguro? ¿Seguro para los pobres, los niños en los colegios eclesiásticos, las adolescentes involuntariamente embarazadas, los ciclistas y peatones en Quito y para los usuarios de drogas? ¿Existe seguridad para las personas privadas de libertad?

Ninguna de las preguntas se puede responder con un Sí contundente - y probablemente no sería justo exigir un cambio tan amplio como efecto de reformas penales. A pesar de esto, los defensores de la administración de la justicia penal del Ecuador esgrimen que, por fin, el sistema penal en el Ecuador sí funcionaba, haciendo referencia a las estadísticas presentadas. Gustavo Jalkh por ejemplo, el Expresidente del Consejo de la Judicatura, al pronunciarse sobre el cumplimiento del denominado *Plan Estratégico* para la administración de justicia del país, ha señalado que los cambios normativos en materia penal reforzaron la lucha contra la impunidad y fortalecieron la seguridad ciudadana (2018).

Como ejemplo, el exfuncionario citó los resultados alcanzados a través de las unidades de Flagrancia en las que actualmente ocho jueces emiten 43 sentencias al mes y cada causa se resuelve en 17 días promedio. En 2012, con la misma cantidad de jueces se emitían apenas 15 sentencias al mes y cada proceso demoraba 191 días para ser resuelto. Para enfatizar el cambio enigmático del sistema penal, citó las estadísticas del año 2017, revelando que la “aplicación de los procedimientos directos y abreviados generaba un ahorro de \$ 308 millones para el Estado”(2017).

3. LA EFICIENCIA DEL SISTEMA PENAL

El pronunciamiento del exfuncionario es sumamente esclarecedor para nuestro planteamiento. No solo nos da un ejemplo para la función del discurso público en la habitual cultura de América Latina, es decir la subordinación de la verdad y la coherencia⁶⁶ al poder, un discurso barroco en lo cual los desbordantes detalles sirven como *adorno*

66 El pronunciamiento no revela más detalles sobre los ocho jueces laborando en las unidades de Flagrancia: ¿Son ocho jueces al nivel nacional o sólo en Quito? ¿Cómo se han calculado los ahorros del Estado por la aplicación del procedimiento abreviado? Dado que algunos juicios hubiesen salido con absoluciones de los ahora condenados, los supuestos ahorros del Estado ya se ven diferente.

y re-confirmación de la autoridad⁶⁷, sino también como un entendimiento de un sistema penal visto únicamente bajo cifras, es decir bajo las *formas* que está generando.

En otras palabras: la única medida para el éxito de la modernización de un sistema penal son altas cifras de detenidos logrado en poco tiempo y con pocos recursos. En lo siguiente quiero desplegar la conexión entre las intervenciones de los organismos internacionales para el desarrollo cuáles han lanzado amplias reformas del proceso penal en América Latina (A) y la cultura jurídica en la Región (B).

Según la hipótesis, la cultura jurídica se ha presentado más resistente que esperada por los agentes internacionales. En consecuencia, las intervenciones en el Ecuador han presentado algo no prevista, algo que se puede denominar *sincretismo jurídico*, la supervivencia de la informalidad en procesos supuestamente altamente formalizados. Más concreto: la adopción del paradigma de la celeridad y efectividad bajo conservación de la función tradicional de la justicia frente a la estructura del poder político del país.

4. (A)

Como mencionado anteriormente, la *United States Agency for International Development* (USAID) tuvo una inversión de más de 1.5 millones de dólares en el Ecuador para promover reformas judiciales. Capacitadores Chilenos llevaron a cabo la promoción del sistema acusatorio-adversarial, proviniendo del sistema procesal penal estadounidense (2011).

Se estima que la USAID y el *State Department* invirtieron hasta el año 1999 un monto de 300 millones de dólares para reformas del sistema judicial en América Latina (2001), mientras el Banco Interamericano de Desarrollo (entre el 1993 y 2011) y el Banco Mundial (1992 – 2011) invirtieron 13 millones de dólares en el Ecuador con la misma finalidad: reformar el sistema judicial (2012). Entre los años 1992 y

67 Lo que es lo contrario de la *parresía*, un concepto de la Antigüedad griega que Michel Foucault ha retomado en sus últimas lecciones como manera de discurso en el cual uno habla abierta y sinceramente sin recurrir a la retórica y la manipulación. *Parresía* se puede traducir con “decirlo todo” y uno dice todo para el bien común - incluso frente al peligro para el hablante.

2011, el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo han financiado proyectos dirigidos a la reforma judicial en América Latina sobre un monto total de 1.510.453.396 US-\$, de los cuales el 96 % ha sido facilitado en forma de préstamos, es decir, la deuda exterior de los Estados de la Región se aumentó correspondientemente (2012).

Los objetivos de las reformas legales han sido formulados por el Banco Mundial, uno de los actores principales (2005), como tres pilares: 1. El poder judicial deber ser independiente, imparcial y eficaz. 2. Un marco legal apto debe facilitar derechos efectivamente ejecutables para todos. 3. Debe existir acceso a la justicia, sin lo cual todas las leyes e instituciones no tienen sentido (2004). Sin embargo, ya en el año 1999, observadores han señalado que fue precisamente el concepto de la *eficiencia* que ha sido en el foco de los cambios:

“eficiencia es un punto de partida prometedor [...] por su naturaleza relativamente apolítica. [...] Eficiencia es una área neutral en la cual cambios pueden empezar sin mayor cambios en la estructura del gobierno.” (Dakolia, 1999).

Es decir, las reformas empezaron aplicar la palanca en las - innegables - falencias de la administración de justicia de la Región en cuanto a la celeridad⁶⁸ (2005), porque los actores internacionales esperaban menos resistencia por parte de los gobiernos que - por ejemplo - en temas más extensos como la independencia judicial. Luis Pásara ha criticado esto como elusión de problemáticas verdaderas la que al final agravará los vicios tradicionales arraigados en la Región:

“El problema es, cuando adoptada como principio, ella [la eficiencia] conlleva un tipo de reforma que conserva intacto las raíces de los defectos tradicionales del sistema judicial.” (Dakolia, 1999).

El estudio sobre la prisión preventiva respalda precisamente este reparo: la preservación de las bases de los defectos tradicionales del sistema judicial en el Ecuador, es decir la arbitrariedad y la politización

68 El “deseo” de los organismos internacionales de asistencia de tener algo “mensurable” en las manos, es decir un indicador para medir el cambio judicial, probablemente forma parte del problema subyacente “grito por la eficiencia”. Compromisos fundamentalmente morales y políticos con el debido proceso y la constitucionalidad se tratan como si hubiesen podido ser reducidos a y capturados por indicadores cuestionables de “la calidad de la gobernanza y la eficiencia de los sistemas judiciales.” Faundez J.

de la privación de la libertad, siguen intactas frente a un sistema más eficiente que nunca.

Ahora bien, ¿Por qué las reformas han tenido éxito – como máximo - parcialmente? Una interpretación del impacto tan limitado ofreció Thomas Carothers ya en el año 1999 señalando que “muchas veces, la asistencia no puede cambiar sustancialmente una configuración desfavorable de interés o contrarrestar a un poderoso actor opuesto.” (1999) Es por eso que el compromiso por parte de los organismos internacionales de asistencia no ha entregado un mejoramiento sustancial en el campo del sistema judicial.

Muchas veces, los proyectos han malinterpretado el sistema penal de la Región como *separado* de la esfera política tan turbia y simplemente no podían “remodelar fundamentalmente el equilibrio de poder, interés, legados históricos, y tradiciones políticas de las mayores poderes políticos en los países receptores.” (1999).

Luis Pásara resume la crítica del compromiso internacional en cuanto a las reformas judiciales en la siguiente manera: “La cultura jurídica entera, la existencia de desigualdades culturales y económicas, y la función del desempeño del gobierno son componentes importantes y complejos de la reforma de sistemas judiciales”(2012), mientras los proveedores de asistencia suelen prescribir remedios superficiales como reformas en la administración de justicia, capacitaciones y material jurídico para jueces, equipamiento para las salas etcétera, como si los juristas en América Latina no supieran leer sus códigos o si únicamente les faltaran computadores para aplicar la ley. “Lo que ellos [los proveedores de asistencia] tienden no preguntar es *por qué* el poder judicial se encuentra en un estado tan lamentable, quién se beneficia su debilidad, y quién fuera amenazado o reforzado por las reformas.”(1999).

5. (B)

La crítica mencionada arriba hace referencia al término *cultura judicial* de los operadores de justicia para explicar el extenso fracaso de las intervenciones internacionales dirigidas a la reforma penal. En concreto, se “apela a una persistente cultura inquisitorial como la causante de muchos retrasos o se sostiene que hasta que no se revierta esa cultura no se podrán obtener frutos de la reforma.”(2016).

6. MATRIZ HISTÓRICA DE LA JUSTICIA PENAL

Ante lo revelado por el estudio sobre la prisión preventiva, es decir para entender la amplia *no-aplicación* del Código Orgánico Integral Penal en el Ecuador, es sumamente interesante lo que Alberto Binder ha formulado como *matriz histórica* de la justicia penal como tradición, como un tipo histórico de administración de justicia en América Latina, cuyos efectos se sienten con fuerza en la actualidad:

“La pauta de la legalidad colonial se caracteriza por un “hiperlegalismo”, es decir, por una gran profusión de normas, pero cuyo cumplimiento no solo era parcial sino altamente inconsistente y selectivo.” (2016).

La instrucción real “se acata, pero no se cumple” era una práctica administrativa ordinaria y una puerta abierta a la arbitrariedad de las autoridades coloniales (2016).

“El modelo inquisitorial que exportó España como maquinaria judicial no estaba pensado para controlar el poder público o el poder del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Los jueces son funcionarios encargados de aplicar la ley en el sentido de *afirmación del poder del monarca*, no de limitarlo.” (2016).

En consecuencia de la ausencia de garantías procesales que sean verdaderamente realizables en contra del poder público, se puede caracterizar la cultura jurídica en la Región como una cultura del trámite, como cultura en la que “la legalización se convierte en un manual de procedimiento lo que impide una comprensión cabal de las nuevas reglas del juego, que son *reglas de litigio, no de trámite*” (2016). En la centralidad de la configuración de los esquemas mentales de los juristas, es decir en las *estructuras estructurantes estructuradas*⁶⁹, se encuentra esa tramitología, que, al final, conlleva *la reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales*. Binder señala las características de este *habitus* (2016) como formalismo sin sentido y el desprecio por los problemas concretos de los litigantes - lo que es bien conocido por el observador del sistema penal actual en el Ecuador.

69 Los esquemas mentales se entienden como “habitus” en el sentido de Bourdieu, es decir esquemas que se fundan en prácticas cotidianas, pero a la vez ellos mismos fundan las prácticas cotidianas.

7. EFICIENCIA Y VICIOS TRADICIONALES

Hemos introducido como hipótesis que las reformas procesales penales en el Ecuador han aumentado la eficiencia del sistema penal sin superar los vicios tradicionales caracterizados como la arbitrariedad, el formalismo vacío y la indiferencia de los operadores del sistema penal frente a las consecuencias de sus decisiones para las personas afectadas. Estos vicios se reflejan realmente en los hallazgos del estudio empírico sobre la realidad de la prisión preventiva y, más precisa, en los hallazgos sobre la *calidad* de la motivación de las resoluciones dictando esta medida cautelar, pues la obligación de motivar las decisiones es inseparable de la obligación de considerar aspectos de necesidad y proporcionalidad. El artículo 520.4 del COIP prescribe: “Al motivar su decisión la o el juzgador considerará los criterios de necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar.”⁷⁰

Es decir, la consideración de criterios de la proporcionalidad forma parte de la motivación. No hay motivación sin consideración de la proporcionalidad, la cual es la ponderación de los bienes constitucionales en peligro. El juzgador debe considerar las secuelas de la privación de la libertad para ponderarlas contra sus ventajas para la administración de justicia. Solamente al realizar esta ponderación, el juzgador podrá cumplir con su función como juez constitucional - y manejar el proceso penal como *derecho constitucional aplicado* (2006).

No obstante, la obligación de considerar aspectos de la proporcionalidad ha sido desacato en todos los expedientes analizados. Ninguna resolución dictando prisión preventiva podía cumplir con las exigencias legales en cuanto a la motivación. En esta ocasión recordemos el alcance de la motivación de una decisión restrictiva de la libertad. La motivación cumple básicamente con dos objetivos, la transparencia y el control de las actuaciones judiciales.

La decisión del juzgador deber revelar el *móvil*, es decir la razón verdadera para fallar en esta y no otra manera. El público y los demás sujetos procesales deben saber por qué, por cuáles consideraciones el juez ha tomado la decisión concreta. Segundo, la motivación sirve

70 La redacción de la ley cumple precisamente con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en cuanto a la proporcionalidad: sin motivación no hay proporcionalidad y la privación de la libertad se vuelve arbitraria en el sentido del Art. 7.3 CADH.

para el (auto)control del juzgador. Mediante la motivación, se puede examinar si las consideraciones hayan sido completas, si, por ejemplo en el caso de la privación de la libertad, el juez haya considerado todos los aspectos necesarios para la ponderación (los bienes constitucionales afectados). De igual manera, al exponer y revelar el móvil, el juez puede aclararse de sus propios motivos y se abre la posibilidad de la autocorrección. En pocas palabras: la motivación es imprescindible para la *racionalización* de la aplicación del poder.

Ante eso, la falta completa de la motivación de decisiones judiciales en el Ecuador es manifestación de una cultura jurídica profundamente arraigada en la experiencia del colonialismo, en la cual el *hiperlegalismo* real no estaba pensado limitar el poder de la Corona. Para retomar las palabras de Antonio Binder: El modelo inquisitorial que exportó España como maquinaria judicial no estaba establecido para *controlar* el poder del Rey sino para ser una *extensión de su poder*. Se acata, pero no se cumple.

Como hilo conductor y resumen de la realidad de la privación de la libertad frente a medidas cautelares en el Ecuador, su puede constatar que los *mecanismos procesales dirigidos a proteger el imputado* de la maquinaria penal acaban en nada, es decir, la garantía respectiva existe en el ordenamiento jurídico vigente, pero desaparece en mismo momento, ella no tiene peso, ella es desacatada *sistemáticamente*. Ya hemos visto que la motivación (configurada como medida para reducir el abuso y *racionalizar* el uso de la prisión preventiva) no existe, no tiene lugar en la práctica de las audiencias de Flagrancia.⁷¹

El mismo veredicto se puede fallar sobre la distribución de la carga de la prueba. La clara dogmática y la redacción inequívoca de la ley han sido neutralizadas por una *cultura del trámite*. En vez de pedir a la Fiscalía fundamentar y comprobar el peligro procesal en el caso concreto, la práctica judicial solicita a la defensa llamados documentos del arraigo social. En caso contrario, se dicta la prisión preventiva. Es decir, la pri-

71 Hablando de las unidades de Flagrancias cabe señalar que en toda América Latina, la policía es la institución con mayor predominancia o hegemonía de este dispositivo político criminal. Por ello, el déficit de la institucionalidad deforma a la flagrancia como una instancia de garantías (el control de la legalidad de la detención, es decir el control de las actuaciones de los organismos de la prosecución penal), desarrollando en su lugar una compleja institución de detenciones, en una maquinaria al servicio de la cultura del castigo.

vación de la libertad en el Ecuador depende de si el imputado haya logrado presentar planillas de servicios básicos en copia a color, notificadas, con firma de tinta azul y sello legible - en vez de una *litigación* racional sobre los requisitos legales para el procedimiento de la prisión preventiva, es decir, del peligro procesal en el caso concreto, debidamente mostrado por la Fiscalía. La Corte Nacional de Justicia ha, al dictar medidas cautelares en contra de Rafael Correa, reiterado precisamente esta sustitución del litigio, de las técnicas de interpretación y subsunción, por el trámite. Aunque la Fiscalía General del Estado no ha sostenido la falta del llamado “arraigo social” y ha expuesto que el imputado sí tenía su domicilio en Bélgica, la Corte Nacional de Justicia ha afirmado:

“El ciudadano Vicente Rafael Correa, es ciudadano ecuatoriano y también tiene domicilio en el Ecuador, el arraigo no se ha justificado en esta audiencia, y *la documentación presentada esta en copias...*” (2018).

La problemática “jurídica” no es la interpretación de la norma pertinente, sino que la “documentación presentada está en copias”. Además, en un sistema adversarial, el juzgador no debe utilizar información que no ha sido introducida por los sujetos procesales. La imputación de la Corte Nacional sobre el domicilio del procesado carece de legitimación, pues la *verdad procesal* es generada a través del proceso de la dicción y contradicción, en lo cual el juez no puede entretrejer.

Ya estas tres líneas tomadas del expediente muestran la persistencia del sistema inquisitivo en el Ecuador y es por eso, que la Corte Nacional de Justicia vulneró el principio de contradicción y acudí a la cultura del trámite en el mismo momento. Esa cultura conlleva la *reconfiguración inquisitorial de los sistemas adversariales* (2016).

8. CONCLUSIONES

La conclusión – y respuesta a la pregunta planteada inicialmente - más fácil es: las reformas procesales penales no han logrado racionalizar el poder punitivo del Estado ecuatoriano ni, por lo tanto, racionalizar la privación de la libertad. Se aumenta la cifra de Personas Privadas de Libertad sin superar las deficiencias “tradicionales” del sistema penal. ¿Puede ser que, tras dieciocho años de su vigencia, ni siquiera la Corte Nacional de Justicia supiera manejar el sistema adversarial?.

Opino que deberíamos reformular la pregunta, es decir, en vez de acudir repetidamente a las falencias técnicas de los operadores de justicia, cuales al parecer millones de dólares invertidos en capacitaciones no podían remediar, deberíamos preguntar más bien *¿por qué* persisten estas falencias, esta cultura jurídica que antes es una cultura del trámite, de un formalismo sin sentido, incapaz de proteger el individuo *del* derecho penal? O en otras palabras: ¿Quién se beneficia la debilidad del poder judicial? - ¿Cuál es la base material de la específica cultura legal? ¿Quién se beneficia de la debilidad de las instituciones (1999), la *informalidad* de la aplicación del poder de privar la libertad que – sobre todo – está por la preponderancia del parte policial en las manos de la policía y no en las manos del juez de garantías penales.⁷²

Una respuesta podría ser que ante una institucionalidad tan débil como en muchos países en la Región, para el operador de la justicia simplemente no tiene sentido desarrollar conocimientos legales y facultades correspondientes. La facultad de motivar sus decisiones debidamente no solo sería infructuosa, sino incluso perjudicial para él.

En un entorno que en gran parte sigue la regla *se acata, pero no se cumple*, en un entorno en lo que históricamente el juez nunca tenía la *función* de limitar el poder del Estado, sino extenderlo mediante sus enunciaciones, la intervención de los proveedores de asistencia puede presentar más daños que beneficios.⁷³ En el caso examinado, la intervención mal conceptuada y liderada por conceptos legales proveniente de los Estados Unidos ha traído consigo el aumento de la arbitrariedad a través del aumento de la celeridad.

Como secuela de la asistencia internacional, más personas son víctimas de la detención arbitraria en el sentido del artículo 7.3 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Posiblemente, la situación de los Derechos Humanos en el Ecuador fuera mejor en cuanto a la arbitrariedad absoluta de la detención sin *esta* forma de asistencia que

72 De hecho, en la audiencia de flagrancia, es la policía que controla al poder judicial y no viceversa. Ante la organización corporativista de la prosecución penal, el juez no puede aplicar la ley sin provocar oposición cual, por supuesto, no tiene base legal, sin embargo, es efectiva.

73 Jorge Paladines señala, por ejemplo, que el modelo acusatorio-adversarial trajo consigo una peligrosa desproporción, la implementación del sistema contradictorio sin una defensa penal pública, algo que ha sido corregido solamente posteriormente, es decir, cuando el daño ya ocurrió.

implementó las audiencias de Flagrancia como maquinaria, agudizando la maquinaria heredada.

Aparentemente, los proveedores de asistencia han evadido enfrentarse con las preguntas más acuciosas. ¿Para qué sirven, por ejemplo, las garantías del debido proceso, si la organización social simplemente no permite a los defensores apelar las decisiones de los jueces o cuestionar las actuaciones de la policía? Según el estudio, la Defensoría Pública está apelando el 0,53% por ciento de las resoluciones dictando prisión preventiva y la excusa común de los Defensores Públicos, quienes se encuentran incorporados en las unidades de Flagrancia, dice: “tenemos que vivir todos los días con los jueces”.

La diferenciación de los sujetos procesales en diferentes *posturas* abstractas requiere, ante todo, la capacidad de diferenciar entre una función procesal y la persona ejecutando esta función, mientras la contradicción, la impugnación y ya el cuestionamiento de la legalidad de una detención quebranta la organización social basada en estructuras del poder altamente *informales* y por eso frágiles.

Ante eso, la apelación en contra de una resolución dictando prisión preventiva no es, como tal vez en el denominado primer mundo, la posibilidad de llegar a una aclaración de una problemática jurídica (una interpretación de un supuesto de hecho todavía dudosa) por el Tribunal de alzada; más bien, la impugnación pone en peligro la posición *social* del juzgador, precisamente como la limitación del poder estatal por parte de un juzgador pone en peligro el poder notoriamente frágil del Estado, lo cual suele ser re-confirmado a través de la facultad de privar la libertad. Ante todo, hay que entender la función del Derecho en estas estructuras de poder. No es redundante, pero tampoco tiene fuerza.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aponte A. (2006). Manual Para el Juez de Control de garantías en el sistema acusatorio penal. Bogotá: Consejo superior de la judicatura, p. 23.

Binder, A. (2012). Presentación, en: Soluciones rápidas y efectivas al conflicto penal, Fortalecimiento de la Justicia en el Ecuador. Quito: Ecuador, p. 11.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, en Niño Guarnizo C. La Reforma a la Justicia en América Latina: Las Lecciones Aprendidas, Bogotá: Colombia, p. 59.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 56.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 57.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 57.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 60.

Binder, A. (2016). La reforma de la justicia penal en América Latina como política de largo plazo, p. 60.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, D.C. p. 305, 107.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace, p. 164.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, D.C., p. 102.

Carothers, T. (1999). Aiding Democracy Abroad: The Learning Curve, Carnegie Endowment for International Peace. Washington, D.C.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2017), Informe sobre medidas dirigidas a reducir el uso de la prisión preventiva en las Américas, p. 15.

Corte Nacional de Justicia, Audiencia del 25 de junio de 2018, No. de proceso: 17721-2018-00012.

Dakolias, M. (1999). *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, World Bank Technical Paper Number 430. Washington D.C., p. 6.

Dakolias, M. (1999). *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*, World Bank Technical Paper Number 430. Washington D.C., p. 6.

Echeverría, B. (1998). *La modernidad del barroco*. México, D.F. p. 116.

Echeverría, B. (1998). *La modernidad del barroco*. México, D.F. p. 117.

Faundez J., Angell, A. (2005). *El rol del Banco Interamericano de Desarrollo, Sistemas judiciales*, año 4, n° 8, p. 90-113.

Krauth, S. (2016). *La prisión preventiva en el Ecuador*, p. 99 – 120.

Krauth, S. (2018) *La prisión preventiva en el Ecuador*, Serie Justicia y Defensa 8. Quito: Ecuador.

Margaret, S. (2001). *USAID's Support of Justice Reform in Latina America*. Pilar Domingo and Rachel Sieder (Eds.), *Rule of Law in Latin America: The International Promotion of Judicial Reform*. London, p. 75-76.

Margaret, S. (2001). *USAID's Support of Justice Reform in Latina America*, p 47.

Michel, F. (2012). *The Courage of Truth: The Government of Self and Others II; Lectures at the College de France, 1983-1984*. New York.

Palacio, D. (2011). *La reforma procesal penal en Chile*.

Palacio, D. (2011). *La reforma procesal penal en Chile: nuevos agentes, sus trayectorias y la reestructuración de un campo*. *Revista Política*, Vol. 49 No. 1, p. 43 – 70.

Paladines, J. (2013). *Fábrica Flagrancia: La gestión procesal de la detención en Ecuador, Justicia Criminal y Democracia*. São Paulo: Brasil, p. 137.

Paladines, J. (2013). *Fábrica Flagrancia: La gestión procesal de la detención en Ecuador, Justicia Criminal y Democracia*. São Paulo: Brasil, p. 137.

Pásara, L. (2012). *International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?* Woodrow Wilson Center, Update on the Americas.

Pásara, L. (2012). *International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?*, p. 3.

Pásara, L. (2012). *International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?*, p. 4.

Pásara, L. (2012). *International Support for the Justice Reform in Latin America, Worthwhile or Worthless?*

Pásara, L. (2012). *International Support for the Justice Reform in Latin America*, p. 25.

The World Bank. (2004). *Initiatives in Legal and Judicial Reform*. Washington, D.C, p. 2.

Valle, A. (2016). *El habitus positivista en el campo jurídico ecuatoriano*. *Revista de la Casa de la Cultura* N26, p. 145 -172.

Recibido: 21/07/2019

Aprobado: 08/11/2019

Stefan Krauth: Asesor de despacho de la Defensoría Pública del Ecuador

Correo electrónico: stefanerator@hush.ai