

UNIVERSIDAD ANDINA “Simón Bolívar”

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho

Mención en Derecho Constitucional

LA DESNUDEZ DEL GARANTISMO

El detenido y la efectividad de sus garantías en Azuay y El Oro

Jorge Vicente Paladines Rodríguez

Tutor:

Ramiro Ávila Santamaría

2007

Quito, Cuenca y Machala

Resumen

La desnudez del garantismo es el estudio sobre la realidad de la aplicación de tres principios constitucionales dirigidos a la protección de los detenidos en los distritos judiciales de Azuay y El Oro. La principal tarea es observar la efectividad de las garantías constitucionales en la praxis del subsistema penal de la detención, haciendo un control en el cumplimiento de estándares como: ser oído y ser defendido, ser oído y ser presentado y ser oído en un plazo razonable.

Tomando como punto de partida el garantismo, nos lanzamos en compañía de otras ramas del derecho a descubrir la realidad de cada uno de los estándares constitucionales de la detención. A través de entrevistas y encuestas nos involucramos, por una parte, con las agencias judiciales, ministerio público y policía judicial de cada distrito; y por otra, con la otra cara de la moneda de la medida cautelar de la detención, es decir, con defensores y detenidas/detenidos de los centros carcelarios de Cuenca y Machala.

Su trabajo es obtener la información necesaria que permita hacer un razonamiento en el cotejo de la eficacia de las garantías constitucionales formales en su manifestación práctica. Sin duda, se trata de un estudio que refleja el mundo que no queremos ver, la realidad dentro de la realidad y las esperanzas de decenas de personas a las que el *ius puniendi* les transformó la vida, dentro de una sociedad que niega, de alguna manera, la posibilidad de reconciliación con el tema.

*A papá y mamá, por ser el aliento de mi vida; y,
a Dios, por darle a mi madre otra oportunidad*

Agradecimientos

Con el agradecimiento de siempre a quienes sin su ayuda este trabajo no hubiera sido posible: A Ramiro Ávila, por su visión crítica del derecho y su paciente dirección en esta investigación. A Johanna Idrobo, compañera, por dedicar su tiempo y energía a la perfección de este trabajo, y sobre todo, por tolerar mis “locuras”. A Miguel Ruíz, Manuelito Aldáz y Luis Ávila “El Chino”, por apoyarme incondicionalmente en la ciudad de Quito. A mi familia: a Sivoney, Melanie y la pequeña Ángeles, por soportar mi larga ausencia; a Rubén, Lucía, José y mis sobrinos: Odalis, José Eduardo, Danielito y Valentina, por llenar el espacio de hijo frente a mis padres. Y, a Juan Tulich y Oscar Barrera, compañeros de viajes y luchas por construir y sembrar el garantismo en algunos pueblos, y además, por brindarme sus consejos desde la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en Lima.

En Cuenca: con un fuerte abrazo a Mónica Campoverde, quien con su coraje nos colaboró en el llamamiento de sus compañeras. A Luis Zhunio, funcionario de la cárcel de varones; y, a Fausto Vasquez, coordinador de los juzgados penales, por el sacrificio de cargar más tiempo a su trabajo. A Miguel Caimayo y a las defensoras del GRAI, valerosas ciudadanas que combaten la indefensión de cientos de detenidos. A las Doctoras: Sonia Cárdenas y Azucena Andrade, por su enorme sacrificio al regalarme un poco de su tiempo; y, a Simón Valdivieso, por su firmeza en la protección de los más débiles del sistema penal azuayo, no solo como juez magistrado, sino como juez ciudadano.

En Machala: a Leonidas Olalla Quimí, por su colaboración desinteresada en la ardua tarea de convocar a los detenidos. Y, a los agentes fiscales: María Teresa Bernal y Lenin Salinas, por dedicarnos su tiempo.

Sin embargo y especialmente, a las detenidas y detenidos de los centros carcelarios de Cuenca y Machala, valientes ciudadanos que asumieron el reto de contarnos parte de su tragedia; sin su ayuda este trabajo no hubiera podido realizarse, pues definitivamente son la razón de ser de la presente investigación. A ellas y ellos, mis más sinceros respetos y mi profundo homenaje.

*Si nos obstinamos en representar a la justicia con los ojos vendados,
¿por qué sorprendernos cuando reparte palos de ciego?*

Elías Neuman

Índice

Introducción	9
--------------------	---

Capítulo I

Garantismo	14
Ser oído y ser defendido	25
Ser oído y ser presentado	33
Ser oído en un plazo razonable	40

Capítulo II

La Desnudez del Garantismo	49
----------------------------------	----

La desnudez del garantismo en Azuay

Ser oído y ser defendido	55
Ser oído y ser presentado	61
Ser oído en un plazo razonable	67

La desnudez del garantismo en El Oro

Ser oído y ser defendido	71
Ser oído y ser presentado	77
Ser oído en un plazo razonable	80

Excursus: “Vivir para Contarlo”	84
---------------------------------------	----

<i>Algunas reflexiones conclusivas</i>	88
1.- La percepción ciudadana de flagrancia	88
2.- Buscando la oralidad de la detención en el sistema acusatorio	91
3.- Hacia una hermenéutica –cultura jurídica– de Derechos Humanos	94
4.- El poder y los apoderados de la detención	97
5.- Detención: ¿un sistema penal sin un sistema de garantías?	99
6.- Cobijar nuevamente al garantismo	102
 Bibliografía	 105
Anexos: estadísticos y fotográficos (1-7)	115
Anexo Metodológico	131

Introducción

Antes de estudiar a la *detención* y a su normativo contexto garantista, comenzaremos por evacuar las ficticias zanjadas jurídicas con respecto a la *aprehensión* –expresión material de la detención–, como una aparente medida cautelar dentro de otra. No se trata de la existencia de tres medidas cautelares en nuestro proceso penal, sino de la característica que presenta la detención cuando se aplica en delitos flagrantes. La detención es el contenido jurídico de la aprehensión, mientras que ésta es la forma material en que se presenta, o sea su manifestación práctica. Sabemos entonces que a este contenido nuestra legislación procesal penal lo divorcia del hecho de preceder o no de un decreto judicial¹.

Lo cierto es que la detención, más que una medida cautelar judicial, se presenta como una manifestación reactiva del poder ejecutivo frente a la constitución flagrante en la comisión de delitos. Por ende, hablar de captura, arresto, aprehensión, o simplemente detención, para los fines del presente trabajo, no representa mayor problema, pues la aprehensión se halla jurídicamente envuelta en la medida cautelar de la detención.

Analizar entonces el fenómeno de la *detención* –como una medida cautelar de carácter personal– pasa muchas veces desapercibido en los estudios de algunos juristas del Ecuador. Algunos de sus análisis se centran, generalmente, en el estudio de la prisión preventiva, cuyo controversial manejo ha traído nefastas consecuencias jurídicas para el ejercicio de los Derechos Humanos en el país. No dudamos de ello, quisiéramos creer que con su solo estudio coadyuvaríamos a brindar potenciales soluciones.

¹ Nuestro Código de Procedimiento Penal establece la diferencia que debe entenderse por *aprehensión* y por *detención*, como el caso de preceder de un auto judicial –esta última. Sin embargo, ambas dependen de una idéntica estructura jurídica, pues están restringidas temporalmente por un plazo similar: el de 24 horas. Su naturaleza continúa siendo la misma, de ahí que preferimos usar la categoría de detención y detenido para hacer referencia a las personas capturadas en delito flagrante.

No obstante, creemos que el abuso de esta medida no viene *per se*. Se descuida del estudio de la condición *ex ante* a la prisionización de las personas; de otra medida cautelar en la que, posiblemente, se preste poca atención: la detención. Su mal manejo puede preparar el terreno para que la prisión preventiva traiga las secuelas conocidas por todos, de modo que, una indebida detención *determina* una indebida prisión preventiva.

El tiempo aquí juega un papel preponderante. Veinticuatro horas no sólo condicionan el nacimiento o el ocaso de un día; pueden convertirse también en un martirio para cualquier persona sometida a una detención, quien verá pasar las horas más amargas de su existencia dentro de un encierro posiblemente lleno de incertidumbres. Éste es el tiempo que nuestra Constitución Política ha establecido para la duración de esta medida cautelar, dentro de la cual se pretende investigar –en el marco del esclarecimiento de la verdad– a una persona implicada –o que se la haya implicado– en la comisión de un delito.

Lo relevante es que se trata arrestos o capturas a consecuencia de delitos, los que son percibidos a la vista de todos; pero cuyo “reproche” genera el deseo de evitar la fuga o la impunidad de quien *quebrantó la norma*. Es una especie de *justicia por mano propia* establecida por la Ley, que permite –autoriza– la captura por parte de ciudadanos –o la fuerza pública–, mas no su procesamiento jurídico.

La presente investigación no se refiere a la naturaleza del delito flagrante. Su estudio radica en la naturaleza de la detención –administrativa o policial– denominada básicamente como aprehensión, fundamentalmente en los derechos de las personas privadas de su libertad, y sobre todo, en la efectividad de sus garantías constitucionales.

Indudablemente, la constitucionalización de los principios del derecho procesal penal nos brindan la matriz de nuestro trabajo, como dispositivos que sirven a la vez para atizar el Estado de Derecho con un afianzamiento constitucional. De ahí que, para saber si se cumplen o no estos principios, inscribiremos nuestro análisis dentro del *garantismo*, como

una cultura y una técnica de profunda y constante crítica al positivismo jurídico, el que impregna declarativamente algunas de las reglas del proceso penal.

Pero, si bien es cierto que la línea teórica que tomaremos es la constitucional-penal – como amalgama entre el derecho constitucional y el derecho procesal penal– no descartamos que, para efectos de una mayor crítica, se tomen ciertos préstamos conceptuales de los derechos humanos, el derecho penal, la criminología crítica, la sociología y antropología jurídica; y, del derecho comparado. Estas disciplinas no constituyen de manera alguna nuestro fin. Nuestro compromiso es principalmente con la investigación de campo, de la cual las citadas disciplinas serán sencillamente sus tributarias.

Creemos necesario hacer este análisis, pues nuestro país contiene cifras alarmantes de prisionización en precarios centros carcelarios, paralelamente dentro de un ordenamiento jurídico que contiene normas al perfil de los Derechos Humanos. Hablar de un derecho procesal penal totalmente aislado del derecho constitucional es iluso². Hoy, constitucionalmente van de la mano, razón por la cual nuestro marco teórico será el garantismo, dentro de la referida alianza constitucional-penal. A su vez, incluiremos en este marco la construcción de tres estándares que nos servirán como variables para descubrir la cuestión a la que se debe esta investigación de si: ¿Son efectivas las garantías de los detenidos? Estos estándares constituyen, conglobantemente, algunos principios que consideramos como rectores en cuanto a los derechos de los detenidos: ser oído y defendido, ser oído y presentado, y ser oído en un plazo razonable.

Empero, nuestra investigación no pretende resolver esa pregunta en el paraíso de la teoría que nos inscribimos. A simple vista su respuesta estaría vacía de contenido, por ende, su solución se verificará en la investigación de campo, concretamente en dos distritos

² Maier coincide con nuestro análisis, al decir que el derecho procesal penal opera como *derecho constitucional reformulado o reglamentado*. Ver Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Fundamentos), Buenos Aires, Editores del Puerto, 2da. ed. y 3ra. reimp., 2004, p. 164

judiciales del país: Azuay y El Oro, provincias con una simétrica poblacional carcelaria y un paralelo número de operadores de justicia. Lo que queremos decir es que este trabajo no pretende resolver teóricamente la hipótesis citada anteriormente. Se trata de resolverla a la luz de la observación de campo, esto es, compartiendo realmente la praxis del subsistema penal de la detención.

La construcción de los datos –para responder la pregunta central– se recabará de encuestas dirigidas sobre un universo de detenidos y detenidas en los centros carcelarios de las ciudades de Cuenca y Machala, acompañada de la revisión –estudio de caso– de sus expedientes procesales, sin descartar los *relatos de vida* que podamos observar. También, de entrevistas enfocadas a otros actores que se desarrollan en el momento de la detención – jueces, fiscales, policías judiciales y defensores.

En consecuencia, se trata de una investigación que propone una contribución –tanto explicativa como interpretativa– sobre la efectividad de las garantías constitucionales de los detenidos en el Ecuador. Un aporte que conducirá a algunas reflexiones, sobre un problema quizá aún no resuelto, en lo que los seres humanos somos capaces de hacer, y en lo que aún estamos a tiempo de cambiar...

Jorge Vicente Paladines

Quito, diciembre de 2007

CAPÍTULO I

Garantismo

Ser oído y ser defendido

Ser oído y ser presentado

Ser oído en un plazo razonable

CAPÍTULO I

Garantismo

Han transcurrido setenta y cuatro años desde que Hans Kelsen legara para la humanidad su Teoría Pura del Derecho, como expresión de una casi perfecta y bien acabada filosofía de la legalidad, traducida en la afamada corriente del *positivismo jurídico*, que cobijó –y sigue cobijando– la enseñanza del Derecho como una ciencia que no toma empréstitos en otras ciencias sociales, ni se doblega por normas que no contengan supuestos de hecho ni consecuencias jurídicas³. Esta es la cultura dominante que recibieron ordenamientos jurídicos como el nuestro, para impedir el abuso del poder –“conducta propia” de los regímenes ex ante a la Revolución Francesa– y definir su identidad jurídica con una coherente y mecánica interpretación de normas, siempre a la luz y máxima de esta entelequia a la que denominamos Ley⁴. Por medio de la ley se tipifican los delitos –bajo el centrífugo desarrollo del principio de reserva de la ley o estricta legalidad– y se establece el procedimiento para su sanción; además, se nombran a los jueces –en armonía con la

³ Recordemos que para Kelsen lo importante es el *ser* en la formación del derecho, mas no el *deber ser*. Su raigambre liberal influye al separar y diferenciar la *causalidad* de la *imputación* en la “depuración” de las normas, siendo ésta última la razón de donde se constituye el derecho, para lo cual la norma establece la condición de una consecuencia específica. Ver Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universidad de Buenos Aires EUDEBA, 4ta. ed., 1965, p. 28

⁴ En este punto, Zagrebelsky aporta una interesante reflexión al descifrar el ideal –o la ideología– que está detrás de la diferencia entre ley y derechos. La Revolución Francesa codificó los derechos al circundarlos con la nomenclatura de ley –véase el clásico ejemplo nacional del Art. 1 del Código Civil–, posición que trajo consigo un abordaje distinto de los derechos frente a otra Revolución como la Americana, desglosándose dos concepciones distintas para declarar y efectivizar los derechos. Ver Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2da. ed., 1997, pp. 47-73. Quizá el trabajo más interesante, siendo el primero con respecto al mismo análisis después de los estudios de Tocqueville, sin duda lo constituye el de Hannah Arendt, donde se revela su asombro por la sólida formación de las instituciones que surgieron a la luz de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica. Ver Hannah Arendt, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2004, p. 225

clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*— para obligar a los culpables a cumplir una condena⁵, como expresión del *ius puniendi*⁶ en el que hombres y mujeres estamos inmersos, dentro de un ordenamiento jurídico donde el monopolio de la fuerza o la coerción es exclusiva de la autoridad política⁷.

Después de la Segunda Guerra Mundial los Estados del mundo consagraron en sus constituciones la recepción ineludible del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁸, algunos acogidos en forma de *Derechos Fundamentales*⁹, como consecuencia

⁵ Hart brinda una nueva visión —a manera de alcance— de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen, cuando señala que las normas penales, si bien es cierto están respaldadas por amenazas, éstas *per se* no prohíben una conducta, sino que prescribe que los funcionarios públicos —jueces— sean quienes apliquen ciertas sanciones en circunstancias que se cometa un delito. Ver H. L. A. Hart, *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968, p. 45

⁶ La fuerza para sancionar siempre ha sido un elemento *sine quanon* en el derecho penal, incluso nos ha permitido observar las distintas vertientes de sus orígenes, desde cuando existía el asilo eclesiástico para los pueblos germanos, pasando por las ordalías —prueba de Dios—, hasta llegar al período de la venganza pública, donde la víctima u ofendido decidía por su propia cuenta “hacer justicia”. No obstante, el derecho penal —“derecho a sancionar” o *ius puniendi*— nació cuando se endosó esa fuerza sancionadora al Estado, confiscando a la víctima su legítimo derecho a solucionar el daño, trasladándola de su rol de ofendido al de simple informador de hechos, hasta finalmente desaparecerla de la pretensión punitiva. La primera manifestación del derecho de sancionar o *ius puniendi* proviene de la referencia que nos brinda el maestro Zaffaroni, cuando en la Inquisición del siglo XV se elevó este traspaso de exigibilidad de justicia —antes fuerza ahora coerción— con el afamado Manual de la Inquisición (1484) aprobado por el papado y redactado por los inquisidores Heinrich Kramer y James Sprenger, quienes en definitiva, fundaron el primer libro de las ciencias penales o criminales de la historia, bautizándolo con el título de *Malleus Maleficarum* más conocido como “*El Martillo de las Brujas*”, que en su contenido esencial contaba con la tarea de “culturizar” a la mujer, quien por su género sumado a su referente bíblico —concebida como pecadora desde el libro del Génesis con Adán y Eva— era más propensa a la maldad por ser de menor fé (fé y minus), desatando todo ese aparato de persecución y cacería que condujo a las afamadas “noches de brujas”, donde se prisionizaron y condenaron a muerte a millones de mujeres acusadas de herejía, apostasía y masonería. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, “El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2000, pp. 21-24. Sobre “confiscación de la víctima”, ver Eugenio R. Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 219 y 220. No obstante, en un Estado de Derecho no debe entenderse al *ius puniendi* como un ejercicio ilimitado, sino restringido por las normas constitucionales. Ver Fernando Tocora, *Principios Penales Sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002, p. 177

⁷ La noción de Estado que hoy nos rodea, se caracteriza por el desconocimiento del derecho por fuera de éste, y por la concentración de la fuerza para sí, evitando la eliminación de propio individuo por su cuenta, pues como dice Hobbes: “No fueron los súbditos quienes dieron al soberano tal derecho (a castigar); sino que limitándose a renunciar a los que ellos tenían, fortalecieron la capacidad del soberano (Estado) para hacer uso del suyo propio como le pareciese más conveniente para la preservación de todos” Ver Thomas Hobbes, *Leviatán*, traducción, prólogo y notas por Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2da. reimp., 1993, p. 249

⁸ Se entiende por Derecho Internacional de los Derechos Humanos al: “Sistema de principios y normas que regulan un sector de las relaciones de cooperación institucionalizada entre Estados de igual desarrollo socioeconómico y poder, cuyo objeto es el fomento del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales universalmente reconocidas, así como el establecimiento de mecanismos para la garantía y protección de tales derechos y libertades, los cuales se califican de preocupación legítima y, en algunos casos, de intereses fundamentales para la actual comunidad internacional de Estados en su conjunto” Ver Jiménez Piernas; González Campos, Sánchez Rodríguez y Sáenz de Santamaría, citados por Carlos Villán

de la llamada “Segunda Ola de Democratización”, de donde nació el compromiso de tutelar de manera efectiva los derechos de las personas. No obstante, el cumplimiento de las normas constitucionales en el sistema penal, y dentro de éste, en la praxis judicial y policial, hace que la tutela de derechos como la vida, la integridad, y sobre todo, la libertad personal, puedan perder su plena efectividad, convirtiéndose en nada más que meras promesas. De esta forma, las garantías –con su neologismo garantismo¹⁰– actúan como una medida de seguridad que le brinda mayor protección a la declaración de los derechos fundamentales, erigiéndose como una *cultura y técnica* que prepara su propia defensa en el ámbito material, con un radio de acción mucho más amplio en el campo penal que en el civil, administrativo o laboral, debido a que por su naturaleza se ponderan principios constitucionales.

Se habla de garantismo para poner límites al poder –todos los poderes– del Estado, en este caso, al poder punitivo, evitando arbitrariedades de tipo judicial o policial, como una *limitación del poder de la ley por parte de otra ley*. Se fomenta una cultura jurídica de profunda crítica al positivismo jurídico, el que lleva en su seno el germen de su potencial invalidez: reflejo de la abismal diferencia entre normatividad y efectividad. Emerge la naturaleza del garantismo respecto al Estado de Derecho, de donde salta a la vista la “autonomía” de los derechos fundamentales como pactos de *no agresión* establecidos en la

Durán, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 1era. reimp., 2006, pp. 85-86

⁹ Ver Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 5ta. ed., 2001, pp. 860-864

¹⁰ A fines de los setentas, la cultura jurídica italiana de izquierda –conectada con el pensamiento penal liberal– produce una ola de cuestionamientos a las denominadas “leyes de emergencia” promulgadas por el Estado Italiano, para impedir que organizaciones políticas como las Brigadas Rojas se tomaran el poder. Estas legislaciones acrecentaron aún más el poder del Estado en detrimento de las personas, suprimiéndose derechos fundamentales como la libertad personal, y divorciándolos de su correspondencia de un debido proceso legal. Consecuentemente, se propuso una técnica normativa de protección de derechos que se denominó como garantismo. Ver Luigi Ferrajoli, “Garantías Constitucionales”, trad. en verso castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez (dir.), *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año I, No 2, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 40-43. Sin lugar a duda, no podemos pasar por alto el exquisito análisis que Agamben hace sobre el “estado de excepción”, como una forma de suspender el derecho por obra del derecho, como una forma de gobierno, y quizá también, como una forma de dominación. Ver Giorgio Agamben, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2da. ed., 2005

constituciones¹¹. Se trata entonces de cultivar un *derecho penal mínimo*, caracterizado por la aplicación de los principios adaptables a la “ley del más débil”, como lo es en el delito el ofendido, en el proceso el imputado y en la pena el condenado¹².

En el medio de este descenso –o viaje de efectividad de garantías constitucionales– la jurisdiccionalidad ocupa un papel preponderante, pues se trata de desarrollar un principio donde comulgue la verdad del juicio y la libertad del inocente, expulsando la creciente ola de administrativización del derecho penal¹³, donde el Estado no sea el fin, sino el medio para una efectiva administración de justicia¹⁴. Dimanantemente, se debe estudiar la forma en que se presenta la praxis administrativa de la justicia por parte del Estado, donde la investigación pre procesal y procesal no se caracterice por la preeminencia de la

¹¹ Ver Luigi Ferrajoli, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 109-111

¹² Op. cit. Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, pp. 335-336. Zaffaroni advierte en no “adjetivizar” y confundir la relación entre derecho penal y garantismo, al decir que: “Referirse a un derecho penal garantista en un estado de derecho es una grosera redundancia, porque en él no puede haber otro derecho penal que el de garantías, de modo que todo penalista, en ese marco, se supone que es partidario de las garantías, esto es, garantista” Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Jurídica Ibáñez, 2006, p. 228

¹³ La administrativización del derecho penal se presenta en cualesquiera de las siguientes circunstancias: a) Falta de efectividad de las garantías constitucionales; b) Crecimiento de la legislación penal de emergencia con leyes anti-terroristas, anti-mafias o anti-camorras; o, c) Crisis de la razón jurídica. Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, pp. 807-848

¹⁴ Uno de los más grandes debates dentro de la filosofía y sociología del Estado tiene que ver en su relación con la ciudadanía. Para Locke, el Estado resulta de una filosofía heteropoyética, donde la sociedad es el fin y no el medio para la realización del Estado. Por el contrario, Hobbes, Hegel y Luhmann consideran al Estado como parte de una filosofía autopoyética, es decir, como un fin para la sociedad, donde esta última sea nada más que un medio. Estos debates fueron generados en el terreno de la discusión sobre el poder con quienes son partidarios, por una arte, en calificar al poder como “malo” y a la sociedad como “buena”, y con quienes, por otra, ven al poder como “bueno” y a la sociedad como “mala”. Ver Diego Camaño, “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, en *Delito y Sociedad Revista de Ciencias Sociales*, Año 8, No. 13, Sección Comentarios de Libros, Buenos Aires, Editorial La Colmena, 1999, pp. 189-193. Tal debate tiene sus orígenes en la interesante migración de conceptos como democracia y ciudadanía, de donde Sartori devela que, en la democracia griega la definición de “hombre” o “ciudadano” formaba parte de la *polis* –de alguna forma lo que hoy entendemos por Estado–, sin distinguir frontera entre gobernantes y gobernados, no obstante de cuestionarse al ciudadano que no participaba en la polis como *ídion* (idiota). En otras palabras, para la Grecia del siglo V a.C. el poder consistía en una unidad entre ciudadanos y polis. Ver Giovanni Sartori, *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo II, 1988, pp. 352 y 353. Por esta razón los ciudadanos –la polis– tenían poderes ejecutivos, legislativos y hasta judiciales, donde además el ciudadano que mocionaba una errada decisión judicial respondía por la injusticia de sus fallos. Recordemos el afamado juicio que describe Jenofonte en el que resalta la defensa de Euríptolemo en el marco de los debates donde se condenaron –apasionada e injustamente– a muerte a algunos estrategos atenienses. Ver David Held, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2da. ed., 2001, pp. 41-45

“autoridad” –decisionismo o voluntarismo legislativo¹⁵–, sino por el ejercicio de un verdadero razonamiento jurídico –cognoscitivismo jurisdiccional–, en la incesante búsqueda de la *verdad procesal*¹⁶, evitando caer en la máxima *auctoritas, non veritas facit legem*, para en su lugar preconizar el principio hobbesiano *veritas, non auctoritas facit iudicium*, donde sea la verdad y no la autoridad la que haga al juicio.

Lamentablemente, en el razonamiento jurídico que se desarrolla en la praxis judicial – de jueces, sumados a fiscales y policías– se considera elemental la información que ofrece la tabla de reglas concebidas en la legislación penal y procesal penal vigente, a manera de un catecismo legal, para luego invocar de manera excepcional y subsidiaria las ordenadas y dispuestas en la Constitución como principios y garantías. Se alejan del distingo entre principios y reglas: los primeros, como mandatos de optimización que direccionan las reglas de ordenamiento por debajo de la constitución; y, las segundas, como normas que exigen un cumplimiento pleno al poseer un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, esto es, una relación causa-efecto¹⁷. A ello se suma la inflación legislativa de tipos penales –o sobrecriminalización de conductas– que “estimulan” a los operadores de justicia a inaplicar los principios como la presunción de inocencia y la libertad personal. La “alta

¹⁵ Op. cit. Luigi Ferrajoli, *Derecho y...* pp. 33-90. Cuando la justicia deviene de la fuerza de autoridad más que de la fuerza de la verdad, el proceso penal se personifica en los funcionarios públicos, dando la impresión que, por el hecho de su magistratura, la verdad esta dada por el rito del proceso. En este sentido es importante resaltar lo que Habermas dice al respecto: “La amenaza de un poder vengador y la fuerza que tienen las convicciones vinculantes no sólo coexisten, sino que parecen brotar de una misma fuente mítica. Las sanciones impuestas por los hombres son secundarias: se limitan a ser instrumentos de venganza contra las transgresiones cometidas contra una autoridad que les antecede, contra una autoridad que de por sí es coercitiva a la vez que vinculante. Es de ésta de donde las sanciones reciben, por así decir, su significado ritual”. Ver Jürgen Habermas, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998, p. 86

¹⁶ Para Maier, la verdad es “...la relación de concordancia entre el pensamiento y el objeto pensado”, Op. cit., Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal...*, pp. 841-842

¹⁷ Ver Iván Vila Casado, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000 pp. 329-342. Es necesario distinguir que a través del ejercicio de la ponderación judicial, por medio de un principio se puede derogar a una regla, pues los primeros son la base de la política y del ordenamiento jurídico del Estado; por el contrario, las reglas por sí solas inducen a los jueces a convertir su jurisprudencia en una operación básicamente mecánica, como dice Dworkin: “...lo mejor que podríamos hacer sería echar juntos a la basura los enigmas y los conceptos y perseguir nuestros importantes objetivos sociales sin ese exceso de equipaje...” Ver Ronald Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. en verso castellano por Marta Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 2da. Reimp., 1995, p. 63

peligrosidad” o “alarma social”, con que se presenta cada caso, hace que los operadores de justicia tomen, subjetivamente, posiciones negativas o positivas en normas que son de naturaleza exclusivamente preceptivas, reforzando el rol de la acusación y de las indagaciones preliminares, y encaminando al sistema penal a vivir en un perenne estado de emergencia.

Por el contrario, en un Estado –Constitucional o no– de Derecho se trata de imponer límites al ius puniendi al integrarlo con garantías –negativas– penales y procesales como: la presunción de inocencia, la carga acusatoria de la prueba, el contradictorio, la igualdad de las partes, el principio del juez natural, la separación entre juez y acusación, la oralidad y publicidad del juicio, la presencia del imputado, el plazo razonable, la independencia interna y externa de la magistratura, etc.. Se van construyendo resoluciones y sentencias –motivadas sobre argumentos cognoscitivos en hechos y reconocitivos en derecho– donde el esclarecimiento de la verdad jurídica, elemental para la verificación o falsedad, sirva de base para su validez o legitimación jurídica, y para su justicia o legitimación política¹⁸, como un examen social de *rendición de cuentas* que el poder judicial tiene la obligación de presentar¹⁹. Por este motivo, la objetividad de un razonamiento o *argumentación jurídica* se mide también por el nivel de aceptación generalizada de la decisión jurídica a través de la capacidad de convencimiento del juez frente a la sociedad –o las partes–, denominada

¹⁸ Esto es lo que Marina Gascón Abellán lo denomina y estudia con énfasis, tomando de base a Ferrajoli, como la “doble artificialidad”, de donde el “ser” y el “deber ser” de las normas se encuentren positivizadas para producir una teoría jurídica y una teoría política a la vez, ésta última como dimensión sustancial de la democracia. Ver Marina Gascón Abellán, “Teoría General del Garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón””, en Juan Oberto Sotomayor Acosta (coord.), *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006, pp. 19-20

¹⁹ En los últimos años se ha tratado de redefinir el sistema de pesos y contrapesos en los regímenes democráticos a través de la rendición de cuentas o accountability. Los operadores de justicia –como miembros también de la administración pública– están sujetos al control de los ciudadanos a quienes se deben, con mayor razón por medio de la denominada *accountability social*. Ver Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz, “Accountability Social: la otra cara del control”, en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz, *Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Editorial Temis, 2002, pp. 23-72

también como *auditorio universal*²⁰. La objetividad en el proceso –o pre proceso– penal, esencia de la imparcialidad, tiene como efecto mediato la legitimidad social, que también no está lejos de convertirse en una legitimidad política en relación con los demás poderes del Estado.

Desde este punto de vista, nuestra todavía vigente Constitución Política del Estado consagra en su Art. 18 la aplicación *directa e inmediata* de las garantías establecidas en éste cuerpo y en los instrumentos internacionales vigentes²¹, acogiéndolos como parte de su bloque de constitucionalidad –derechos fundamentales–, lo que conmina a todos los sujetos del ordenamiento jurídico a respetar el derecho internacional de los derechos humanos como *derecho único*. Se brinda de una correspondencia –normativa y jerárquica– muy por encima de las disposiciones de ordenamiento procesal, que deben efectivizar organismos como la función judicial, el ministerio público o la policía judicial: principales figuras del *ius puniendi* en el proceso penal ecuatoriano.

De otra manera, la independencia jurisdiccional no significa desentenderse de opiniones, recomendaciones y resoluciones de organismos internacionales de derechos humanos, como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; peor aún, de instrumentos internacionales aceptados por el Estado, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Los jueces penales –*jueces de garantías*– tienen la obligación de aplicarlos sin restricción

²⁰ La Teoría de la Argumentación Jurídica tiene como uno de sus precursores al profesor Robert Alexy, mas sin embargo, el estudio de la capacidad o poderes de convencimiento –o de persuasión– del juzgador en el *auditorio universal*, como elemento de comprobación de la argumentación, corresponde a Perelman. Ver Chaïm Perelman, “Teorías de la Argumentación Jurídica”, en Manuel Calvo García, *Los Fundamentos del Método Jurídico: Una revisión crítica*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994, pp. 218-228. Además, para Binder: “...la legitimidad social que procura el juicio penal se basa esencialmente en la imparcialidad...” Ver Alberto Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993, p.138. No obstante, cabría preguntarse si: ¿es la argumentación jurídica una forma colonizar al sujeto? Decimos esto en virtud de que el “auditorio universal” no posee el mismo discurso de la administración de justicia. La legitimidad que se anhela con esta tesis abría que estudiarla tanto en el emisor como el receptor del fallo, evitando construir objetividad sobre la base de una real desigualdad en los sujetos.

²¹ El Art. 18 de la Constitución Política del Estado, vigente desde el 11 de Agosto de 1998, señala: “...Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán *directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad...*”

alguna, pues gozan de rango de constitucionalidad y se convierten en su marco jurídico básico para vigilar el ordenamiento procesal penal. Lo contrario sería aceptar un *doble derecho*, conducta inadmisible por la doctrina del derecho internacional público, pero que penosamente es asumida por algunos Estados para zafarse de sus obligaciones con sus ciudadanos y la humanidad²².

Consecuentemente, instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos como: la Declaración Universal de Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Declaración Americana sobre Derechos Humanos; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos; el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión; los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos; la Carta Andina de Derechos Humanos, entre otros, informan a nuestra legislación y conminan, teleológicamente, a los operadores de justicia aplicarlos sin restricción alguna –salvo que el standard de protección interna sea más alto. Se aleja entonces la posibilidad de trasgresión de los principios *pro homine*²³ y *favor libertatis*, cuando se use la fuerza del Estado para aprehender, arrestar o detener a una persona.

Si bien es cierto que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo se ha esbozado un amplio abanico de derechos fundamentales con principios –consecuentes de

²² Zaffaroni hace una interesante observación sobre la posición que toman, en el tablero del derecho internacional de los derechos humanos, países como Estados Unidos, quienes se oponen al fortalecimiento de la ciudadanía universal para promover la impunidad de crímenes de lesa humanidad bajo la tesis del *doble derecho*. Para aquellos Estados el derecho internacional de los derechos humanos es aceptable en tanto en cuanto no afecte a su soberanía. Op. cit., E. Raúl Zaffaroni, *El Enemigo...*, pp. 235-243

²³ El principio *pro homine* es un criterio que informa –con esencia en la dignidad humana– a los derechos humanos, sea de manera extensiva o restrictiva cuando su objeto sea su propia protección. Ver Mónica Pinto, “El Principio *pro homine*: Criterios de Hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Del Puerto, 1997, citado por CEJIL, *La Protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Sistema Interamericano*, San José, Gossesstra Intl., 2005, p. 86

valores²⁴ – constitucionalmente declarados; tampoco se puede negar que, a través de las normas penales y procesales penales, se sacrifican o excepcionan todos los días esos mismos principios por la amenaza de no poderlos garantizar frente a la *sospecha* de conductas consideradas típicamente como reprochables²⁵. Se establece entonces, procesalmente, un catálogo de medidas cautelares a manera de *males necesarios* para proteger otros derechos o bienes jurídicos como el orden público o la seguridad.

Empero, aún siendo la detención o la aprehensión un mal –en procura de defender un bien–, debe ser tratada como un mal menor, puesto que la Constitución no define lo que son bienes jurídicos penales, delegando la solución de incriminación a cuerpos normativos menores, desarrollándose así, programáticamente, un derecho penal y procesal penal alejado muchas veces de las directrices de la Ley Fundamental. De esta forma el Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, a partir de su art. 160, enuncia dos medidas de apremio personal definidas con el carácter de “cautelares”, como la detención –y dentro de ella la aprehensión– y la prisión preventiva²⁶, cuyo objetivo es provocar la comparecencia del sospechado, imputado o acusado al proceso, e impedir la desaparición u obstrucción de pruebas que entorpezca la tarea de policías, fiscales y jueces en buscar la verdad procesal.

²⁴ Prieto Sanchis considera que el sistema penal no proclama valores, sino más bien que los protege. Las medidas cautelares no deben estar exentas del control de constitucionalidad –a través del juicio de ponderación por parte del Tribunal o Corte Constitucional–, puesto que toda pena privativa de la libertad es una afeción a un derecho fundamental. Ver Luis Prieto Sanchis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003, pp. 261-298

²⁵ Es interesante resaltar la noción de justicia con que se “construyen” las sociedades, aunque no compartamos la orientación *racionalchoísta* de Rawls. Según este autor, si el criterio de justicia proviene de un individuo –o élites– para determinar el comportamiento de todos, entonces lo que tendremos es una justicia utilitaria. Por el contrario, si es la sociedad en su conjunto la que permite –en nuestro caso– excepcionar principios por medias cautelares para maximizar sus utilidades (propiedad), entonces tendremos una sociedad correctamente ordenada, por ende, más justa. Ver John Rawls, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de la Cultura Económica, 4ta. reimp. de la 2da. ed., 2003, pp. 34-38

²⁶ El Art. 161 del Código de Procedimiento Penal dice: “Los agentes de la Policía Judicial o de la Policía Nacional pueden aprehender a una persona sorprendida en delito flagrante de acción pública o inmediatamente después de su comisión; y la pondrán a órdenes del juez competente dentro de las veinticuatro horas posteriores...”. Además, el Art. 164 del mismo cuerpo de ley señala que: “Con el objeto de investigar un delito de acción pública, a pedido del Fiscal, el juez competente podrá ordenar la detención de una persona contra la cual haya presunciones de responsabilidad...”

Bajo la adopción procesal de estos *males necesarios* la libertad personal es relegada a un segundo plano. Es más importante sacrificarla por la formalidad de un proceso que por la sustancia de una garantía. En consecuencia, surgen e intervienen una serie de actores dentro del teatro de operaciones del debido proceso legal, esgrimiendo y evacuando las etapas del proceso en la investigación de la relación criminalización-prisionización. La prevención general, esgrimida en el procedimiento penal con medidas cautelares como la detención o prisión preventiva, goza de falta de legitimidad, inmoral *prima facie*. Las garantías secundarias no han logrado hasta hoy atenuar su encrucijada en la praxis del subsistema judicial y policial²⁷. Por ello Ferrajoli consagra la necesidad de enarbolar un sistema penal garantista sobre la base de los siguientes diez axiomas:

*“No hay pena sin crimen, Ni crimen sin ley, Ni ley sin necesidad, Ni necesidad sin ofensa, Ni ofensa sin acción, Ni acción sin culpa, Ni culpa sin juicio, Ni juicio sin acusación, Ni acusación sin prueba Ni prueba sin defensa”*²⁸

Aunque la detención –y por ende la prisión preventiva– no cuenten con el apoyo de un sector importante de la doctrina penal²⁹, el encarcelamiento de personas en la sociedad

²⁷Entiéndase por *garantías secundarias* las que vehiculizan –y reconocen materialmente– la afección de las *garantías primarias*. Son *garantías primarias* (normas penales) las sustanciales, como el derecho a la propiedad; de ella devienen las *normas primarias*, como no robar, de donde la conducta robar se constituye como delito, es decir, se la prohíbe. Las *garantías secundarias* (normas procesales penales) son las adjetivas, que determinan la obligación de aplicar sanciones, como por ejemplo el interés público de no dejar impune la comisión de delitos contra la propiedad; de ahí que para ello se requiera la existencia de *normas secundarias*, que en su contenido establecen la pena para sancionar la afección por ejemplo a la propiedad. Op. cit., Luigi Ferrajoli, “Garantías Constitucionales”, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez (dir.), *El Garantismo...*, pp. 52-57

²⁸ Estos axiomas del garantismo penal son desglosados por Ferrajoli, en su debido orden, a través de diez principios: 1) principio de retributividad, 2) principio de legalidad, 3) principio de necesidad, 4) principio de lesividad, 5) principio de materialidad, 6) principio de culpabilidad, 7) principio de jurisdiccionalidad, 8) principio acusatorio, 9) principio de verificación; y, 10) principio del contradictorio. Op. cit. Luigi Ferrajoli, *Derecho y...* p. 93

²⁹ Se ha generado un gran debate respecto al uso de las medidas cautelares personales. Podría decirse que quienes se definen como garantistas encuentran en ello dos posiciones: a) aplicar un derecho penal mínimo sobre la base del uso excepcional y restringido de las medidas cautelares –sobre todo la prisión preventiva–, la cual es predominante; o, b) no emplear –abolicionismo– el uso de medidas cautelares por considerarse como “penas anticipadas”. Ver Alessandro Baratta, “Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en Alessandro Baratta, *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert (dir.), colección Memoria Criminológica No. 1,

latinoamericana es una realidad. La hacinante población carcelaria de nuestro país nos obliga a buscar la manera de efectivizar el discurso del garantismo, como un endeudamiento de la política criminal del Estado. Para ello se consagran dispositivos constitucionales que declaran un sistema penal de garantías, cuyo objetivo es evitar posibles abusos en la práctica de los arrestos, aprehensiones o detenciones. Así llegamos a creer que el garantismo penal es una instancia de reflexión sobre la estricta legalidad, la validez y la efectividad de las normas, proclamando por delante la primacía del individuo en la arena de un profundo positivismo crítico.

Los Derechos Humanos no deben constituirse en la otra cara del constitucionalismo, por el contrario, son la cara de una misma moneda, limitando el poder del Estado y ofreciendo a los ciudadanos la seguridad de contar con la defensa de sus derechos, con una cultura jurídica de garantías asimiladas por todos los actores del proceso penal. En seguida, agrupamos conglobantemente, a manera de estándares básicos dentro del *deber ser* constitucional-penal, algunas garantías judiciales consideradas importantes para nuestro estudio, dentro de lo que a derechos de los detenidos –aprehendidos– se refiere, presentándolas para una mejor comprensión en los principios de: ser oído y ser defendido, ser oído y ser presentado y ser oído en un plazo razonable. Esto nos permitirá más adelante cotejar la práctica del discurso garantista en las provincias de Azuay y El Oro, para descubrir si se produce o no un posible clivaje en la anhelada unidad de la relación normatividad-efectividad, dentro del palpable *ser* constitucional-penal, visto ahora desde su plena desnudez.

Argentina, Editorial B de F, 2004, pp. 299-233. Confrontar con Louk Hulsman, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Jus, 1993, pp. 75-104

Ser oído y ser defendido

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;*
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;*
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;*
- e) derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;*
- g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable...”³⁰*

Uno de los principios presupuestarios del debido proceso –en la praxis del sistema penal– es el correspondiente a la defensa. Esta garantizado por nuestra Constitución e instrumentos internacionales de protección derechos humanos. Se trata de un derecho interrelacionado, indivisible e independiente que de vulnerarse, sistemáticamente, se violarían todos los demás³¹. Sin embargo, antes de adelantarnos a emitir juicios de valor sobre la eficacia o no de este principio, comenzaremos por tratar la garantía que engloba a este derecho: el *ser oído*.

Ser oído implica revisar previamente el principio de *tutela judicial efectiva*, que se traduce en el derecho a acceder a una jurisdicción sin discriminación, esto es, a que se diriman nuestras controversias judicialmente, como una garantía que debe cumplir la administración de justicia para impedir que la venganza, la retribución y el sadismo reaparezcan en el escenario controversial de la humanidad, evitando que decaiga a su vez el principio de estricta jurisdiccionalidad. El ser oído consiste, generalmente, en la solución jurisdiccional de nuestras controversias por medio del respeto al derecho de las partes. Este principio es más amplio y considerado cuando tiene que aplicarse al campo penal, donde converge con la *prohibición de indefensión* para la “parte más débil” de la investigación

³⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Artículo 8.- “Garantías Judiciales”, numeral 2

³¹ Podría decirse que, el derecho a ser defendido en una persona privada de su libertad constituye el preámbulo del debido proceso legal sin el cual, sencillamente, todas las demás garantías serían inalcanzables.

penal: el detenido. Pero, el ser oído por sí solo no significa ser defendido, no obstante de ser su presupuesto³².

Es de interés social sancionar a una persona que ha delinquido; pero, también es de interés público el no condenar a un inocente –lo cual no es incompatible con lo primero. La garantía de ser oído y defendido –en el caso de una persona detenida y aún cuando no lo esté– opera desde el momento en que el Estado lo asume como sospechosa en el ámbito de la criminalidad, como el derecho a hacer valer sus razones o fundamentos –lo cual le sirve a su vez para rechazar, total o parcialmente– frente a una acusación esgrimida en su contra.

Para garantizar el derecho a la defensa tendría que hacerse básicamente la siguiente pregunta: ¿defenderse de qué? Se trata de defenderse de una acusación esgrimida en contra del capturado, sea proveniente de una sospecha a la vista o de un auto judicial. En este sentido, como presupuesto *ex ante* a la misma defensa, debe practicarse el derecho a la información –o a *ser informado* previamente³³–, como un mecanismo que garantice a su vez la realización de los demás derechos. El derecho a ser informado se manifiesta en la detención como una obligación que el Estado debe asumir y prestar a través de los agentes policiales que realizan la captura o aprehensión, brindando al aprehendido información sobre: a) las razones de su detención –aprehensión–, lo cual le permite al detenido abstraer –comprender– todas las actuaciones penales; b) la mención de las garantías a que tiene derecho, lo que activa a su vez posibles estrategias de defensa; y, c) los nombres y apellidos de quienes realizan su captura –identificación del capturador–, para impedir el uso de la fuerza de manera clandestina y en genreal indebida³⁴.

³² Para Maier, esta garantía data desde la Declaración de derechos del Estado de Virginia de 1776. Sostiene que, si se concibiera el ser defendido como ser oído, entonces bastase con solo vertir –facultad– unas cuantas palabras. Para este autor lo importante es que a esta garantía de sebe sumar la confrontación –contradictorio– con la otra parte, por ello define al derecho a la defensa como: “...la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto...” Op. cit., Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal...*, pp. 539-552

³³ “Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención...” Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.4

³⁴ “Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del

El derecho a ser informado se desprende del *principio de publicidad*, característica sine quanon de los Estados republicanistas que enarbolan la revisión de lo público y la protección de la intimidad –lo privado–, para impedir el abuso de autoridad en sus administraciones³⁵. De ahí que es elemental ser detenido y trasladado a lugares o recintos autorizados y construidos por disposición de la ley y el derecho internacional de los derechos humanos, como los llamados centros de detención provisional (CDP), en instalaciones que provean agua potable, servicios sanitarios y espacios de sano esparcimiento, alejando el hacinamiento mediante una convivencia de manera compartimentada, esto es, evitando el tratamiento o mezcla con prisionizados o condenados, a lo que el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura lo denomina como *seguridad sábana*³⁶.

Al no aislar a los detenidos del mundo exterior se cumple, mecánicamente, con el derecho a *ser comunicado* en confidencialidad, sea con sus familiares, sea con personas de su confianza o sea con su abogado defensor; y, consecuentemente, a *ser visitado* sin restricciones, en los horarios que determine el reglamento del centro carcelario, excepto para su defensor, quien puede entrevistar a su defendido en cualquier momento³⁷. Ser

respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar...” Constitución Política del Ecuador, Art. 24.4.

³⁵ El derecho a ser informado, en materia penal, impide que el Estado tome ventaja procesal de manera desleal, pues como dice Ramiro Ávila: “*El silencio es una forma de ejercer y mantener el poder*” Ver Ramiro Ávila, “El derecho al acceso a la información y los derechos humanos”, en Ramiro Ávila (coord.), *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y otros, 2007, pp. 27 y 28.

³⁶ El art. 10.2.a del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y, el 8.b de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, establecen que los detenidos de prisión preventiva sean separados con respecto de los condenados. Además, el inciso tercero del art. 208 de la Constitución Política del Estado consagra que: “*los procesados e indiciados en juicio penal que se hallen privados de su libertad, permanecerán en centros de detención provisional*”. El Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) considera que, el maltrato aumenta cuando se está detenido en instalaciones cerradas, por este motivo recomienda a los Estados tomar en cuenta algunas restricciones de seguridad tomando en cuenta los niveles de peligrosidad de los encarcelados. Ver Silvia Casale, “Mecanismos de control durante la detención y el trabajo del Comité Europeo para la prevención de la Tortura”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005, p. 158

³⁷ Algunas legislaciones, como la española, establecen figuras como la *detención comunicada* y la *detención incomunicada*, promoviendo un interrogatorio sin defensa y conminando a la clandestinidad al detenido. Ver Carlos Salido Valle, *La Detención Policial*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997, pp. 163-166. En

informado permite además la comprensión en el detenido de cada paso que se realice en el sistema penal que lo requiere. Evita el ocultamiento de información que provoca el aventajamiento desleal de una de las partes para la obtención de la verdad procesal, impidiendo el impulso del proceso en paridad de condiciones, es decir, en “igualdad de armas” *audiatur et altera pars*³⁸.

El ser defendido también consiste en el cumplimiento de los derechos a *guardar silencio, no declarar en contra sí mismo –nemo se detegere– y no autoincriminarse*, que deberán ser garantizados por el Estado a través de los funcionarios encargados de dirigir la investigación procesal y pre procesal penal, y de custodiar al detenido. No obstante, la no autoincriminación puede ser vulnerada no sólo por una precipitada declaración de culpabilidad por parte del detenido; también puede trasgredirse en la falta de observación en el tratamiento del Estado frente al detenido, como cuando no garantiza la realización de un interrogatorio transparente y en asistencia de un abogado para su defensa. Aunque la confesión sea la “reina de las pruebas”, no quiere decir que guardar silencio se convierta en un indicio de mala fé para una colaboración eficaz con la justicia, pues si ha de obtenerse una confesión, ésta tiene que ser por sobre todo voluntaria³⁹.

Es importante resaltar que el derecho a la defensa *right to present defense* no implica, necesariamente, la suma de un asistente o letrado en derecho *right to counsel* para su defensa técnica. La autodefensa es permitida por algunas legislaciones estatales de los

Argentina, la incomunicación –Art. 205 del Código Procesal Penal de la Nación– es otra de las medias cautelares con el objeto de impedir que el detenido tome contacto con terceros para “no obstruir” la investigación. Ver David Elbio Dayenoff, *Cuestiones sobre Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Quórum, 2004, pp. 88-91

³⁸ El Art. 24 de la Constitución española garantiza, copulativamente, el principio de *tutela judicial efectiva sin indefensión*. Además, el Art. 6.1. de la Convención Europea sobre Derechos Humanos consagra el derecho de igualdad de armas, el que es repetido también por la legislación procesal penal de los Estados Unidos de Norteamérica.

³⁹ Bidart Campos sostiene que: “la confesión no debe ser forzada ni arrancada por la fuerza, sino espontánea y voluntaria” Ver Germán J. Bidart Campos, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1968, p. 484. La tortura o el tormento –muy usada en la Inquisición– no solo fue una forma auxiliar en la investigación de la verdad, sino además una pena y una forma de hacer retractar o abjurar la voluntad y la expresión de las personas. Op. cit., Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal...*, pp. 675-676

Estados Unidos, y sólo faculta la asistencia letrada a personas calificadas –o clasificadas por su sistema– como indigentes *indigent defendant*⁴⁰. Cabe destacar, que el derecho de un detenido a contar con un abogado de su confianza para su defensa recién se generalizó a fines del siglo XVIII en Estados Unidos y del XIX en Inglaterra; mas la defensa técnica de imputados indigentes se instauró sólo a partir de mediados del siglo pasado⁴¹.

Es sustancial que el *ser oído* se complemente con el *ser defendido*, sólo de esta forma se garantiza la igualdad de armas. Empero, es más sustancial garantizar la defensa técnica o asistencia letrada en derecho, de lo contrario se desnaturalizaría el principio de que *nadie puede ser juzgado sin que se oiga su defensa* y, dimanantemente, el que *nadie puede ser condenado sin ser antes oído y vencido en juicio*. Se desarrolla también el *principio contradictorio*, otorgándole al juez –o a los órganos judiciales– la obligación de brindar iguales oportunidades de actuación para las partes; y, a las partes, de iguales oportunidades de defensa en el proceso, como intervenir y hacer uso de la palabra, presentar, preguntar y

⁴⁰ Recordemos que la misma Convención Americana sobre Derechos Humanos nos habla de autodefensa en su Art. 8, numeral 2, letra d), cuando expresa: “...*el derecho del inculcado a defenderse personalmente*...” Además, la renuncia a la defensa, como un acto voluntario y consciente, está garantizada por la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica y avalada por reiteradas jurisprudencias de la *Supreme Court*. Ver Iñaki Esparza Leibar, “*El Principio del Proceso debido*”, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995, p. 104

⁴¹ Por una parte, el sistema acusatorio en el mundo anglosajón ha avanzado en cuestiones como el desarrollo del principio contradictorio para garantizar la igualdad de armas. Por otra, ha retrocedido sobre todo en el sostenimiento de garantías como el derecho a ser asistido por un abogado, violando el derecho a no autoincriminarse, pues durante años no existió la defensa gratuita. Ver John H. Langbein, “Tortura y Plea Bargaining”, trad. en verso castellano por María Lousteau y Alberto Bovino, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001, p. 12. Todos sabemos la aventura procesal que correría un detenido si involucra, como el derecho a ser oído, el derecho a autodefenderse –salvo que el reo sea letrado en derecho–, de forma tal, que al pleno desarrollo de la tutela judicial efectiva se le deben sumar otras garantías como la igualdad de armas, el principio contradictorio, la prohibición de indefensión, el derecho a la defensa, y como corolario, la asistencia letrada o defensa técnica, que depende de la libre elección del detenido o de la obligación del Estado en proporcionarle un abogado sin coste alguno, cuando éste no pueda contar con uno. La defensoría pública constituye una necesidad para nuestras sociedades, no solo para la prosecución de esta garantía, sino también como institución. Al respecto, Douglass North nos ofrece una definición bastante amplia de lo que debemos entender por instituciones, cuando sostiene que: “...*son las reglas de juego en una sociedad o, más formalmente, son las limitaciones ideadas por el hombre que dan forma a la interacción humana. Por consiguiente, estructuran incentivos en el intercambio humano, sea político, social o económico*”. Ver Douglass North, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1993, p. 13. Además, según Stella Maris Martínez, la Defensa Pública debe ser un órgano integrado con una suficiente cantidad de miembros, sin forzarlos a hacer sacrificios inhumanos. Ver Stella Maris Martínez, “¿Quién defiende a la defensa? El derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos”, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 169

repreguntar a testigos y peritos, con posibilidades de refutar o rechazar cada una de las versiones, etc.

La capacidad económica del detenido incide mucho en la confianza dentro de la relación defendido-defensor debido a que, generalmente, las personas detenidas que gozan de una situación económica más alta pueden contratar a su libre albedrío al defensor que mejor les convenga –defensor privado. Todo lo contrario ocurre con quienes no pueden pagarse un abogado de su elección para litigar sin gastos⁴², en virtud de lo cual, la garantía del derecho a la defensa obliga a los Estados a organizarse de la mejor manera posible para promover la realización plena de este derecho, sea a través de defensores públicos dependientes de las defensorías del pueblo, o sea a través de los afamados defensores de oficio dependientes de la función judicial.

Lamentablemente, la historia de las detenciones en la humanidad, y en consecuencia, de los interrogatorios para obtener confesiones se ha desarrollado y grabado con la permisón estatal de maltratos o *torturas*⁴³ –escudándose en la clandestinidad–, lo cual vulnera aún más el principio de publicidad, pues como dice Seisdedos: “*Lo más probable es que la tortura o los tormentos hayan acompañado desde siempre al hombre*”⁴⁴. El maltrato a los detenidos debe entenderse como el causamiento intencional de dolores o sufrimientos graves –físicos o mentales– promovidos por funcionarios públicos (fuerza pública) para

⁴² El Art. 8, numeral 2, letra e) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala: “...el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley...”. De igual forma, el numeral 2 del principio 17 del Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión reza que: “...La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo...”

⁴³ “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes” Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 6

⁴⁴ Citado de Diego Jorge Lavado Lluich, “La protección internacional de los derechos humanos y su gravitación sobre el sistema penal argentino”, tesis doctoral inédita. Ver Felipe Seisdedos, “La autoincriminación y el art. 18 de la Constitución nacional” en Víctor Bazán (coord.), *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 1ra.ed., 2003, p. 399

obtener cualquiera de los siguientes resultados: i) ejercer coacción o intimidación, como el uso de la fuerza, para someterlo al arresto; ii) obtener información propia o de un tercero; iii) sustraer una confesión obligándolo a autoincriminarse; iv) ejercer castigos por un acto supuestamente cometido o por una sospecha; y, v) ejercer cualquier tipo de discriminación, tanto racial como regional o socioeconómica⁴⁵. De ahí que el defensor público también se convierte en un defensor de derechos humanos, entendiendo que la defensa no se agota sólo con el asesoramiento y la representación, sino también con el trato digno del detenido, lo que implica garantizar un cautiverio sin torturas ni autoincriminaciones⁴⁶.

Ser defendido involucra el cumplimiento de otros derechos como condición básica y *ex ante* al inicio de la misma defensa técnica, como el *derecho gozar de buena salud* y contar con un chequeo médico inmediatamente al ingreso del centro carcelario y durante la detención. Para ello, debe incorporarse el personal médico capacitado que prevenga en los detenidos posibles suicidios o autolesiones, de transmisiones de enfermedades infecto-contagiosas y de maltratos, como consecuencia de la violencia entre detenidos, o entre detenidos y el personal policial o carcelario. De presentarse maltratos, los médicos tienen la obligación de observar las lesiones para complementarlas con los relato de los detenidos, tratándolos siempre de acuerdo con el principio de presunción de inocencia, pues su tarea es de custodia, mas no de investigación⁴⁷.

El derecho a la defensa, intrínsecamente, reúne dos condiciones en lo atinente al estudio del caso. Por una parte *subjetivas*, como la capacidad y habilidades –destrezas– del defensor para desenvolverse en el proceso, además de informar, consultar, y actualizar al detenido sobre las herramientas para su defensa y de su situación procesal. Por otra parte

⁴⁵ Art. 1 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, ratificado por el Ecuador el 30 de Febrero de 1988. Ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, *Instrumentos Internacionales de Protección de Derechos Humanos*, San José, Nuestra Tierra S.A., 2005, p. 857

⁴⁶ Ver Mario Luis Coriolano, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes” Op. cit, CELS, *Colapso del...*, p.122

⁴⁷ Op. cit., Silvia Casale, *Colapso del...*, pp. 157-158

objetivas, consistentes en la promoción de la eficacia técnica de la defensa⁴⁸ –atribuible al Estado– desde el derecho ininterrumpido a visitar y conversar con el detenido, pasando por la *confidencialidad* prestada por el personal de seguridad del centro carcelario⁴⁹, hasta las garantías procesales que deben prestar los órganos judiciales para la preparación –con suficiente tiempo– de la defensa, posibilidades de acceder al expediente, citaciones y notificaciones debidas, solicitud de prórrogas, etc.

El derecho a la defensa de un detenido se convierte en el deber u obligación de la acusación en descubrir, sustancialmente, los fundamentos que postula su acción a través de hechos o pruebas. No obstante, el ministerio público –gracias al sistema acusatorio anglosajón– se ve beneficiado con la institución del *plea bargaining*, conocida también como procedimiento abreviado o proceso alternativo al ordinario. Aunque por un lado la institución del procedimiento abreviado efectivice el discurso de buscar la verdad con celeridad; por otro, se constituye en un mecanismo de hacerle un atajo a la instrucción fiscal. Se trata de llegar a la meta de la verdad procesal por encima de la garantía del *juicio previo*, a través de un generoso “acuerdo” *plea agreement* de rebaja o beneficencia de penas a cambio de una declaración de culpabilidad, como una facultad que tiene el Estado para saltar a la función judicial y poner en manos de la fiscalía la anhelada sentencia⁵⁰.

Con este procedimiento, la proclamada igualdad de armas puede convertirse en un mito. La fuerte presencia y ventajas que posee la acusación –ministerio público– frente a la

⁴⁸ El Comité de Derechos Humanos ha señalado que: “...el acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho a impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas”. Ver Observación General No. 13, *Igualdad ante los tribunales y derecho a toda persona a ser oída públicamente por un tribunal competente establecido por la ley*, Art. 14, 21 período de sesiones, párr. 11

⁴⁹ Las entrevistas entre los defensores y los detenidos no siempre se realizaron bajo el principio de confidencialidad. Recordemos que en la misma Europa Inglaterra no aplicaba este principio en los casos de los detenidos pertenecientes –o no– al Ejército Republicano Irlandés (IRA) acusados por terrorismo.

⁵⁰ Para Maier, bajo el *principio de oportunidad* se pueden tolerar acuerdos y prescindir del juicio, siempre y cuando su resultado no consista en una pena privativa de la libertad. Ver Julio B. J. Maier, “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”, en Carlos Julio Lascano (edit.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al profesor Claus Roxin*, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Editora Lerner y La Lectura Libros Jurídicos, 2001, p. 788

defensa del imputado, transforma al sistema penal en no contradictorio, generando un pacto de real desigualdad. Con el procedimiento abreviado la obligatoriedad del juicio y de la acción penal no siguen su curso garantista. El contradictorio entre acusación y defensa es negado, pues no hay ni carga de la prueba ni refutación respectivamente. Lo peor puede suceder cuando, producto de la negociación de la pena, el sospechoso o imputado tenga que decidir involuntariamente admitir una culpa, como ha ocurrido varias veces en la historia procesal penal de los Estados Unidos, país donde más el noventa y siete por ciento de los casos penales se resuelven por este medio⁵¹, al que vale ejemplificarlo con el caso *North Carolina v. Alford*, donde un reo después de oír su sentencia pronunció que:

*“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 solo admití mi culpabilidad porque me dijeron que si no lo hacía me enviarán a la cámara de gas...no soy culpable, pero me declararé culpable”*⁵²

Ser oído y ser presentado

*“Toda persona detenida a causa de una infracción penal será llevada sin demora tras su detención ante un juez u otra autoridad determinada por la ley. Esa autoridad decidirá sin dilación si la detención es lícita y necesaria. Nadie podrá ser mantenido en detención en espera de la instrucción o el juicio salvo en virtud de orden escrita de dicha autoridad. Toda persona detenida al comparecer ante esa autoridad, tendrá derecho a hacer una declaración acerca del trato que haya recibido durante su detención”*⁵³

Uno de los episodios más significativos en la memoria cristiana de nuestros pueblos, fue sin duda, la presentación del detenido Jesús de Nazareth ante el procurador romano Poncio Pilato, comparecencia que llevó más tarde al controvertido juicio que decidió,

⁵¹ Op. cit., John H. Langbein, “Tortura y Plea Bargaining”, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El Procedimiento...*, p. 12

⁵² Caso *North Carolina v. Alford*, 1970, Corte Suprema de los Estados Unidos, citado por John H. Langbein, *Ibid.*, p. 19

⁵³ Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 37

públicamente, la liberación de Barrabás y la crucifixión de Jesús⁵⁴. Sin embargo, lo relevante para el caso fue la *entrega física* del detenido Jesús ante una autoridad, entrega que significó y se tradujo en su momento en la obligación de Roma y en el derecho de una persona a ser presentado.

1.215 años después, el mundo vería en la Inglaterra del Rey Juan nacer la afamada Carta Magna, y en ella, la cláusula XLVI que protegía la libertad de los hombres contra posibles arbitrariedades, contradictoriamente en un reino que aún mantenía la esclavitud; mas, el *habeas corpus*⁵⁵, cuya esencia trae consigo el hecho físico de hacer presentar el cuerpo de un detenido y en su presencia resolver el restablecimiento o no de su libertad ante una autoridad para evitar su ilegalidad, tuvo sus debatibles orígenes. Algunos comentan que esta garantía nació en la *Petición de Derechos* o *Bill of Rights* hecha por Carlos I de Inglaterra en 1628, otros en los *Fueros Españoles*, para finalmente llegar al *Acta de Hábeas Corpus* de Inglaterra de 1679⁵⁶. En todos los casos, lo que se refleja de su naturaleza es la cesación inmediata de una detención ilegal, y no la característica de presentar a un detenido.

El derecho a ser presentado no consiste en el hecho de la mera presencia física del detenido ante una autoridad, sino, en el derecho a comparecer y comprender de todas las

⁵⁴ Luego de ser llevado ante Caifás, a la mañana siguiente, Jesús fue presentado ante el procurador Romano Poncio Pilato, quien después de interrogarlo no lo halló culpable, no obstante, debido a la presión de los sacerdotes del Sanedrín, éste convocó a la muchedumbre para que decidiera, ante lo cual, prefirió lavarse las manos. Ver Mt 27: 11-26; Mc 15:1-15; Lc 23: 1-25; y, Jn 18: 28-19:6. Además ver web site: http://es.wikipedia.org/wiki/Jes%C3%BAs_de_Nazaret#Arresto, visitada: 22/10/07

⁵⁵ El *habeas corpus* –*traer el cuerpo*– está incluido en nuestra Constitución Política a partir del Art. 93, desnaturalizándose en el hecho de no requerir necesariamente la presencia del detenido, no obstante que su esencia sea suspender una detención ilegal.

⁵⁶ La garantía constitucional del *habeas corpus*, considerada propiamente como una acción y no como un recurso, ha sido debatida en el tiempo debido a la diversidad de documentos que cuestionan su partida de nacimiento en la Carta Magna de 1215. Ver Raúl Washington Ábalos, *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales*, Tomo I, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1era. Ed. 1993, pp. 319-324. Cabe destacar además, que el Habeas Corpus Act (1679) era laxo en cuanto al tiempo –entendido desde la actualidad– de donde se podía mantener encarcelada a una persona “no más” de 20 días. Op. cit., Carlos Villán Durán, “Curso de...”, p. 66

actuaciones del proceso⁵⁷. Ello implica que el derecho a ser presentado debe reunir con una condición objetiva y otra subjetiva, expresadas en obligaciones –prestaciones positivas– del Estado. La condición objetiva consiste en la obligación del Estado en llevar –trasladar– ante la autoridad –desde el centro carcelario– a las personas privadas de su libertad. La condición subjetiva se atiza con la asistencia médica, psicológica y jurídica para que el detenido pueda informarse, percibir, comprender y comunicarse con el mundo procesal – sistema penal– que lo requiere, debiendo facilitarse una confrontación transparente, como el derecho a permanecer físicamente –ver, oír y preguntar– frente a quien declara en su contra, sea éste agente fiscal, acusador particular, testigo o perito, permitiendo también la realización de un interrogatorio cruzado.

Es preciso señalar la distinción entre *poner a disposición* y *entregar* al detenido ante la autoridad⁵⁸, pues la primera no necesariamente significa presentarlo física o materialmente, pudiendo entenderse como el hecho de reducirlo a un simple expediente donde el detenido “comparece” a través de un atestado o parte policial –muy común en nuestra administración de justicia. En cambio, entregarlo implica *llevarlo* para mostrarlo físicamente ante la autoridad, como la obligación del Estado en tenerlo y en presentarlo, obligación que deben cumplir tanto los funcionarios que lo custodian como los que lo requieren.

En este sentido, es importante destacar el estudio sobre el cómputo del traslado del detenido ante la autoridad controlando su tiempo. De ello depende saber si la detención comienza con la captura o con la redacción del parte policial en la búsqueda de los

⁵⁷ Además, la ausencia del imputado, según Maier, impide toda decisión material sobre el objeto del procedimiento que lo perjudica. Ver Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal*, Tomo II (Sujetos Procesales), Buenos Aires, Editores del Puerto, 1da. ed. y 1ra. reimp., 2004, p. 126

⁵⁸ Salido Valle dice que la “disposición” no es lo mismo que la “entrega”, pues ponerlo a disposición no implica llevar materialmente al detenido, además, la legislación española hace un distingo de acuerdo al tipo objetivo de delitos, como los del Art. 382 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo para ello un plazo de 72 horas en delitos como terrorismo, donde se activa la figura de disposición y no de entrega. Op. cit., Carlos Salido Valle, *La detención...*, pp.120 y ss.

“elementos de convicción”. Esto supone el acompañamiento y el rol de la policía judicial, quienes son los facultados en realizar la elaboración del parte informativo o atestado.

En los Estados Unidos el derecho a estar presente no reconoce el derecho del reo a presenciar *todas* las fases del proceso en las salas de vista, sólo se emplea como una garantía válida, únicamente, para la confrontación con los testigos *confrontation clause right to be present*, pues en todo lo demás no comparece el detenido⁵⁹. Excepcionalmente, la confrontación –que tiene como presupuesto el derecho a ser presentado– se soslaya jurídicamente cuando el objeto o los sujetos del proceso tienen la “protección de reserva” al enfrentarse, en algunos casos, con la defensa judicial de “bienes jurídicos” como la honra o la seguridad del Estado, por ejemplo: en tratándose de delitos contra la libertad sexual cuando las supuestas víctimas sean menores de edad.

No obstante, en los casos de juzgamiento por delitos contra la seguridad del Estado, a nuestro parecer, lo que se pretende es ocultar información en unos casos –promover el silencio como “una forma de ejercer y mantener el poder”⁶⁰ –, y en otros, dar rienda suelta al denominado *derecho penal del enemigo*⁶¹, esto es, ocultar, distraer y confiscar la presencia del detenido al calificarlo como “enemigo” del Estado para sustraerlo de sus garantías judiciales. Se le impone entonces jueces sin rostros, testigos de identificación reservada, incomunicación y aislamiento celular, interceptación de llamadas telefónicas,

⁵⁹ Op. cit. Iñaki Esparza Leibar, “*El Principio del...*”, pp. 104-106

⁶⁰ Op. cit., Ramiro Ávila, *Los derechos...*, p. 27-28

⁶¹ Éste es el último grito de la moda de la doctrina del poder de occidente de fines del siglo pasado. La tesis esbozada por Günther Jakobs, profesor de la Universidad de Bonn, parte del estructural-funcionalismo de Luhmann que concibe al Estado como un fin y a la sociedad como un medio, reevaluando las definiciones de ser humano para traspasarla y transformar a la kantiana de *persona*, pues esta segunda es una construcción jurídica como un producto social que debe respetar el ordenamiento jurídico y el contrato social vigente, de lo contrario, cualquier desafección la convertiría en *no-persona*, pudiendo eliminársela sin justicia. Ver Günther Jakobs, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, Editorial Civitas, 1996, p. 50. También desde España el profesor catalán Jesús María Silva Sánchez incorpora la tesis de Jakobs al estructurar el “derecho penal de tercera velocidad”, una escalofriante y frontal manera de hablar, en otras palabras, de derecho penal del enemigo. Ver Jesús María Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Madrid, Editorial Civitas, 2001, p.163. Hoy, Manuel Cancio Melía –quien ha compartido foros y recorrido el mundo con Jakobs– considera que el derecho penal del enemigo no es derecho penal. Ver Manuel Cancio Meliá, “De nuevo: ¿derecho penal” del enemigo?”, en *Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología-Universidad Nacional de Colombia*, Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2006, p. 483-500

juzgamientos en ausencia etc.; es decir, se niega su condición de *ciudadano* al concebirlo como *no-persona*, como una de las manifestaciones más arbitrarias y aberrantes del poder estatal, la que es repetida –bajo esta doctrina– en la actualidad de algunas potencias mundiales⁶².

La entrega y presentación del detenido ante una autoridad permite evitar la posible comisión e impunidad de *maltratos* como torturas, y en el peor de los casos, de *desapariciones forzadas de personas*. Esta garantía –que desconfía de la simple aplicación de otras normas jurídicas– permite la rendición de cuentas de quienes, a nombre del Estado, detienen y encierran a las personas, encontrándose además en posición de garantes frente al detenido y a sus familiares, tal como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al sostener que:

“El Estado, al privar de la libertad a una persona, se coloca en una especial posición de garante de su vida e integridad física. Al momento de detener a un individuo, el Estado lo introduce a una “institución total”, como es la prisión, en la cual los diversos aspectos de su vida se someten a una regulación fija, y se produce un alejamiento de su entorno natural y social, un control absoluto, una pérdida de intimidad, una limitación del espacio vital y, sobre todo, una radical disminución de las posibilidades de autoprotección” ⁶³

La humanidad –y en especial Latinoamérica– ha padecido la violación de esta garantía en casos como los sucedidos en Argentina, Chile, Colombia o El Salvador, como parte de la tragedia que precedió al todavía ideal Estado Social de Derecho. Irónicamente, mientras la desaparición forzada de personas⁶⁴ –consistente en la ocultación arbitraria de una

⁶² Francia promulgó la Ley 728 –31 de Octubre de 2001– que autorizó la intervención y espionaje de las comunicaciones y correspondencia de las personas detenidas acusadas de terrorismo, reglas conocidas generalmente como “leyes sapo”. Ver Jorge Paladines, “Quiénes son las víctimas en la transformación del derecho a la resistencia al delito de terrorismo?” en *Ibíd.*, p.71

⁶³ Ver Comisión Interamericana de Derechos Humanos, dictamen 10/3/99, citado por Susana Albanese, *Garantías Judiciales: Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2da. ed., 2007

. De la misma forma Jellinek considera que: “Acompaña, pues, a todo principio de Derecho la seguridad de que el Estado se obliga a sí mismo a cumplirlo, lo cual es una garantía para los sometidos al Derecho” Ver George Jellinek, *Teoría General del Estado*, México, Editorial Continental, 1958, p. 300

⁶⁴ “...se considera desaparición forzada la privación de la libertad a una o más personas... cometida por agentes del Estado o por personas o grupos de personas que actúen con la autorización, el apoyo o la

persona— cuenta de alguna manera con sujetos activos determinados (fuerza pública) para su perfección en el *iter criminis*⁶⁵, la detención administrativa o detención o aprehensión — como medida precautelar o cautelar— cuenta como garantes con los mismos sujetos activos que podrían configurar este crimen de lesa humanidad. En otras palabras, no toleramos que el ratón se coma el queso pero le confiamos cuidar de él, como la lógica autopoyética del subsistema penal de la detención. Ello no significa adelantarnos emitiendo criterios mediante pre juzgamientos —presunción de culpabilidad— sobre los agentes de la policía judicial, sino, identificar la importancia de su cargo y la función de su rol para garantizar la integridad y presencia física del detenido.

La presencia de una persona privada de su libertad ante la autoridad permite hacer un examen de control de garantías, tanto físico como mental y jurídico, mientras está —o estuvo— bajo custodia de la policía judicial, sobre el ejercicio de preguntas y observación física para averiguar posibles violaciones de derechos humanos. Al mismo tiempo, se le permite al detenido informarse sobre las garantías judiciales que lo asisten, siendo la autoridad judicial que lo requiere la que está también obligada a hacerle mención detenida y detallada de sus derechos, pues al comparecer el detenido ante el juez se cumple con una doble función: a) que el detenido conozca su *rol* dentro del sistema penal, mediante la percepción del proceso penal con todos los sujetos procesales que forman parte del *ius puniendi*, consiguiendo —de ser el caso— preguntar y repreguntar al funcionario o acusador particular que lo imputa, sobre el estudio de la veracidad o falsedad de los argumentos que lo acusan; y, b) que la autoridad competente del órgano judicial haga un examen de efectividad de derechos, desde preguntarle al detenido sobre la violación o no de sus

aquiescencia del Estado, seguida de la alta de información o de la negativa a reconocer dicha privación de la libertad o de informar sobre el paradero de la persona, con lo cual se impide el ejercicio de los recursos legales y de las garantías procesales pertinentes”. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Artículo II

⁶⁵ Dentro de la Teoría del Delito se estudia el *iter criminis* —camino del delito— como el análisis de las distintas fases por las que pasa el delito, desde la ideación, preparación y ejecución, hasta el agotamiento o consumación como una forma de observar la “vida del delito”, Ver Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de Derecho Penal*, México, Oxford University Press, volumen 3, colecciones, 2003, p. 308-316

garantías –para descartar también posibles maltratos–, hasta razonar sobre la factibilidad o procedencia de los elementos de convicción sobre los hechos con que se pretenda imputar para seguir manteniendo su cautiverio.

Por otra parte, la detención tiene raigambre administrativo-policial hasta cuando sea presentado el detenido ante la autoridad, momento en que el poder ejecutivo deja de ser su tutor para endosarlo luego al poder judicial (*transferencia de poder*), cambiando camaleónicamente el nombre del detenido, de sospechoso a imputado, cuando la figura de detención administrativa es suplida por la de prisión preventiva o detención judicial. Es evidente que mientras existan personas privadas de su libertad el sistema penal se encargue de crear su propia epistemología, con los mismos actores pero, aparentemente, en distintos escenarios, aunque con una misma realidad: la continua privación de la libertad.

Mientras se mantenga a una persona privada de su libertad, aún sin comparecer ante su juez natural, ésta tiene la obligación de vigilar que su esfera no sea invadida por parte de los demás poderes como el ejecutivo y legislativo, e inclusive por la misma prensa –“cuarto poder”–, ni someterse a la jerarquización hermenéutica de uno sobre el otro. Tiene que razonar acerca de la *constitucionalidad* de la detención, del proceso y dentro de él, del juicio y la investigación, como una forma de acercarse a la ciudadanía en la transformación de *juez magistrado* a *juez ciudadano*, o simplemente juez de garantías⁶⁶.

En las detenciones administrativas –o detenciones propiamente tales– el Estado, a través de la fuerza pública (policía), puede abusar más que en las detenciones judiciales o prisión preventiva, donde obviamente no hay juez ni autoridad –cualquier funcionario público con atribuciones constitucionales para excarcelar a las personas⁶⁷–, solo existe la

⁶⁶ Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, pp. 574 y ss.

⁶⁷ “Una autoridad no es un “tribunal” por el mero hecho de que compara las circunstancias de la detención con los procedimientos legales establecidos...la autoridad tiene que poseer cierto grado de objetividad y de independencia para poder ejercer un control adecuado sobre la detención” Ver Caso Velásquez Rodríguez, fallo del 29 de junio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, serie C, No.4, párrafo 66 en página 29. Op. cit., Mariano R. La Rosa, *Exención de prisión y...*, p. 214

mano dura de la policía judicial que, en el universo de las investigaciones y ante el perentorio plazo para presentar al detenido ante el juez⁶⁸, pueden cometer violaciones a los derechos humanos en la custodia de las personas privadas de su libertad. Este fenómeno es muy recurrente en los *estados de excepción*, momento donde proliferan las capturas gubernativas y se prolongan las detenciones administrativas, generando en el medio subfiguras como las detenciones comunicadas y las detenciones incomunicadas o aislamientos celulares.

Después de revisar el derecho a ser presentado es necesario estudiar el ámbito temporal de la detención. Sin duda nos introduciremos a un análisis mucho más polémico al interior del mundo de las garantías judiciales de los detenidos: el de los denominados plazos razonables.

Ser oído en un plazo razonable

*“Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal...tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...”*⁶⁹

Nos encontramos frente a un debate inacabado. Se trata de la mecánica judicial que significa el estar bajo el *principio de legalidad* y el *principio de presunción de inocencia* – además del juicio previo o fórmula de juicio–, dentro del deber del Estado de enjuiciar a los culpables cuando el tiempo juegue un papel preponderante en la tarea de esclarecer la

⁶⁸ “Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente... salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas...” Constitución Política de la República del Ecuador, Artículo 24.6. Además, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su Artículo XXV, Derecho de protección contra la detención arbitraria, señala que: “...Todo individuo que haya sido privado de su libertad tiene derecho a que el juez verifique sin demora la legalidad de la medida y a ser juzgado sin dilación injustificada o, de lo contrario, a ser puesto en libertad. Tiene derecho también a un tratamiento humano durante la privación de su libertad”

⁶⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Artículo 9.3

verdad procesal. El *ser oído* –tutela judicial– y la rapidez en los procesos –para la solución oportuna de conflictos– son la condición sine qua non que evita la devaluación creciente de la justicia en el tiempo. La falta de celeridad o rapidez en los procesos genera no sólo la desconfianza en la administración de justicia, sino también en la seguridad jurídica⁷⁰, como un principio plenamente efectivo para la construcción y ejercicio de ciudadanía en el fortalecimiento de las democracias⁷¹.

Interpretar la fórmula de *plazo razonable* constituye un debate complicado para el subsistema judicial y policial. La demora, el retardo o la dilación indebida de los procesos –y en ella la cosificación del detenido a una celda y a un expediente–, son conductas comunes en la praxis del poder punitivo contentivo en sólo “justificar” su retraso con argumentos circulares y meramente administrativos, dentro del ordenamiento burocrático-judicial y policial. Por esta razón, hemos tomado préstamos conceptuales del derecho internacional de los derechos humanos –vigentes en nuestro ordenamiento jurídico– ubicados en la mayoría de instrumentos internacionales, independientemente del empleo de términos como: “procedimiento sencillo y breve”, “obtener pronta resolución”, “el juez debe verificar *sin demora*” o “ser juzgado *sin dilación*”⁷².

La fórmula del plazo razonable es aplicada a la teoría general del proceso, es decir, se adecua tanto a los procesos civiles como a los penales, como uno de los principios subsumidos del debido proceso: la celeridad o prontitud en la administración de justicia.

⁷⁰ La celeridad debe evitar el daño en la vida de los justiciables y procurar la seguridad jurídica. Ver Mariano R. La Rosa, *Exención de prisión y excarcelación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006, p. 372

⁷¹ No cabe la menor duda del revolucionario papel que jugaron Beccaria, Howard y Marat en la humanización del derecho penal –desde el punto de vista liberal–, fortaleciendo la justicia de los hombres en lugar de la divina, determinando también que la justicia es tal si se logra a tiempo: el primero, con el documento más simbólico del siglo XVIII, *Dei delitti e delle pene*, una entrega que confluía los sentimientos más profundos de la reforma penal europea; el segundo, que recorrió y vivió la realidad carcelaria en su obra *State of prisons* –cosa similar hizo Tocqueville en los Estados Unidos–; y, el tercero, que proclamó la ilegitimidad de la legislación penal incitando a los pobres a recobrar sus derechos desconociendo lo arbitrario, creando su *Plan de legislation criminelle*. Op. cit., Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de...*, pp. 14-16

⁷² Los artículos XVIII, XXIV y XXV del la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que establecen las garantías como el acceso a la justicia, el derecho de petición, la protección contra la detención arbitraria, barajan términos de igual significación para la defensa del plazo razonable. Op. cit., Susana Albanese, *Garantías...*, p. 80

Así por ejemplo, en materia civil, el plazo razonable comenzaría a computarse desde el momento en que se acciona al aparato judicial por medio de una demanda –*acción*– o un recurso. Mas, esta fórmula –que toma forma de principio– reviste mayor envergadura cuando del proceso se desprende la privación de la libertad de una persona, como un bien jurídico que debe ponderarse sólo de manera excepcional, de lo contrario, la detención revestiría una naturaleza incierta –atavismo muy común dentro de la evolución histórica del derecho penal. Consecuentemente, en materia penal el plazo razonable comienza a computarse: a) desde el momento de la captura, en tratándose de delitos flagrantes; b) desde la notificación del inicio de la instrucción o acusación con la que se procesó a una persona; c) desde la iniciación de los incidentes preeliminares; y, e) desde la notificación de la orden de detención para promover la prisión preventiva. Todos, momentos donde se activan garantías constitucionales.

En tal caso, un individuo puede ser liberado sin perjuicio que continúe el proceso penal. Además, el plazo razonable, como una garantía del debido proceso, no se agota con la finalización de la jurisdicción, esto es, con la notificación de una sentencia judicial condenatoria ejecutoriada, sino que al mismo tiempo se vincula a la rehabilitación social del delincuente en el cumplimiento de una condena para su reinserción a la sociedad⁷³, dentro del derecho penal de ejecución. No obstante, sin adelantarnos a la condena, cada vez que se prolongue una detención, sea policial o judicial, se estarán desnaturalizando e invirtiendo los principios de dignidad humana y presunción de inocencia, convirtiendo a la libertad en una posibilidad muy lejana, cotejable con uno de esos fenómenos raros de explicar a los que llamamos “milagros”. Asimismo, el detenido creerá que la justicia lo está considerando como culpable, sin todavía haber una sentencia condenatoria que así lo declare, pues como dice Kaufmann:

⁷³ Se ha discutido hasta la saciedad que la pena no rehabilita al delincuente. En este sentido somos partícipes de la corriente *abolicionista*.

“...un detenido en tal condición será atormentado día tras día por la duda acerca de si será condenado y de cuán elevada será la pena que se le aplique. La psicología explica actualmente con claridad que la incertidumbre sobre algo amenazante corresponde a uno de los daños más graves que humanamente pueden inferirse, y es tan perjudicial como la certeza respecto del comienzo de un mal determinado...”⁷⁴

Lo importante es destacar que sobre este principio se han construido las garantías suficientes para impedir, entre otras circunstancias, que la detención policial se separe de una razonable duración. En consecuencia, el daño que le puede ocasionar a una persona su encarcelamiento se da sobre todo por la incertidumbre en su tiempo.

Algunos tratadistas consideran que el plazo razonable es una medida de tiempo perentoria para que la administración de justicia evite la impunidad en la comisión de delitos. Con ello se creería que es un “derecho del Estado” y no una garantía penal⁷⁵. Al contrario, esta fórmula está dirigida a garantizar la dignidad humana y el principio de presunción de inocencia de los procesados, sumariados o indiciados, estén o no privados de su libertad, para no confundirse como el derecho que tienen los jueces para imponer sus cómodos horarios por sobre la defensa.

Toda persona detenida tiene derecho a que sin demora se le informe sobre las razones de su detención –*fórmula de juicio*. Con esto decimos que la prontitud también se verifica con la llamada *formulación de cargos* dentro de la instrumentación procesal, la que debe allanarse a las reglas del debido proceso. Así, el plazo razonable y la fórmula de juicio van constitucionalmente de la mano. En este sentido, nuestro ordenamiento jurídico ha incluido una medida de tiempo perentoria –garantía– para la duración de la detención administrativa

⁷⁴ Una prolongada detención impone severos daños psicológicos al detenido. Ver Kaufmann en Carlos A. Tozzini y María de las Mercedes Anqueros, *Los Procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires, Desalma, 1978, prólogo.

⁷⁵ Zavala Baquerizo cuando estudia los plazos sostiene que: “La investigación de la verdad no puede estar condicionada a un tiempo especial; la demora en su investigación es perjudicial para el descubrimiento de la verdad; mientras más días se dilata mayor es el peligro de la impunidad. Día y noche debe luchar el juez instructor contra el tiempo, que es el principal aliado del delincuente...” Ver Jorge Zavala Baquerizo, *El Proceso Penal*, Tomo III, Bogotá, Ediciones Edino, 3ra. Ed., 1990, p. 117

o policial, y de esta manera proteger los derechos de las personas bajo el principio de plazo razonable. De esta manera contamos con el artículo 24.6 de la Constitución Política que establece el *plazo razonable de veinticuatro horas* para la duración de la detención, pasado el cual, ésta deviene en ilegal. Esta fórmula, que goza del principio de supremacía constitucional⁷⁶, ordena e instruye al proceso penal en todas sus etapas y con todos sus sujetos procesales.

Pero el plazo razonable de 24 horas de la detención, establecido en nuestra legislación, difiere del de otros ordenamientos jurídicos. Haciendo un breve ejercicio comparatista notamos que en Colombia su duración puede ser de hasta 36 horas, en Venezuela de 48 horas, en Argentina y España de 72 horas, y en Perú de hasta 15 días⁷⁷. De todas formas, independientemente que algunos operadores de justicia consideren que el tiempo de la detención sea demasiado corto, en comparación con otras legislaciones, para nuestra ley

⁷⁶ Si la Constitución no tuviera normas supremas, contendría una infinidad de leyes carentes de sistema jurídico, pues para Kelsen: “*Esa norma fundamental constituye, en calidad de última fuente, la unidad de la pluralidad de todas las normas que constituyen un orden*” Ver Hans Kelsen, “El método y los conceptos fundamentales de la Teoría del Derecho”, p. 47 citado por Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Dryskill, 1978, p. 1042.

⁷⁷ En Colombia la Corte Constitucional interpretó el inciso 2 del Art. 218 de su Constitución Política mediante Sentencia C-024 del 27 de enero de 1994 en la que, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, se analizó la captura preventiva gubernativa administrativa, donde se determinó que esta medida coercitiva no puede sobrepasar de 36 horas. Ver Fabio Espitia Garzón, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998, pp. 311-315. Por otra parte, el Art. 44.1 de la Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela sostiene que: “*La Libertad personal es inviolable, en consecuencia: Ninguna persona puede ser arrestada o detenida sino en virtud de una orden judicial, a menos que sea sorprendida in fraganti. En este caso será llevada ante una autoridad judicial en un tiempo no mayor de cuarenta y ocho horas a partir del momento de la detención*”. En Argentina se adopta la figura de incomunicación para facilitar las investigaciones preliminares de la Policía Judicial, en este caso la detención administrativa reviste un carácter mixto, pues en un primer momento tenemos el Art. 184.8 del Código Procesal Penal de la Nación que reza: “*Los funcionarios de la policía o de las fuerzas de seguridad tendrán las siguientes atribuciones: ...Aprehender a los presuntos culpables...y disponer su incomunicación...por un término máximo de diez horas que no podrá prolongarse sin orden judicial*”; posteriormente, el Art. 205 señala: “*El juez podrá decretar la incomunicación del detenido por un término no mayor de cuarenta y ocho horas, prorrogable por otras veinticuatro... Cuando la autoridad policial haya ejercitado la facultad que le confiere el inciso 8 del artículo 184, el juez sólo podrá prolongar la incomunicación hasta completar un máximo de setenta y dos horas*”. En Perú, el estatuto antiterrorista indujo a que su Constitución Política señale en su Art. 24.f) lo siguiente: “*El detenido debe ser puesto a disposición del juzgado correspondiente, dentro de las veinticuatro horas o en el término de la distancia. Estos plazos no se aplican en los casos de terrorismo, espionaje y tráfico ilícito de drogas. En tales casos, las autoridades policiales pueden efectuar la detención preventiva de los presuntos implicados por un término no mayor de quince días naturales*”

fundamental y nuestro sistema penal, constituye una situación jurídica que obligatoriamente debe ser acatada por todos.

Para su estudio –en la actualidad– se ha tratado de crear univocidad entre los criterios y la doctrina de la Corte Europea e Interamericana de Derechos Humanos. Se trata de definir y regular el plazo razonable a partir de lo profesado en los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁸. Para determinar el cumplimiento de esta garantía debemos obrar por exclusión, generado tres posibles factores que puedan incidir en el razonamiento jurídico para revisar en el plazo una posible dilación indebida, lo que nos permite deducir su efectividad o no:

a) *Complejidad del caso*

La doctrina que se desprende de la Corte Europea de Derechos Humanos al respecto, deviene del estudio de muchos casos a los que esta corporación decidió hacer un *análisis global* en el conjunto de su tratamiento procesal⁷⁹, para darle al detenido la garantía del tiempo –celeridad– en su debido proceso. No todos los casos se manejan con la misma dinámica procesal, pues el proceso penal permite la creación de un universo distinto en cada uno de ellos, lo que desemboca en problemas de jurisdicción y competencia, nulidades, prórrogas, recursos, acciones alternativas, o generalmente casos que contengan un mayor número de fojas, etc. Además, aunque no estemos de acuerdo, el tipo objetivo de delitos como terrorismo o narcotráfico influyen en su sustanciación temporal, amen de aparecer

⁷⁸La Convención Americana de Derechos Humanos consagra en su Art. 7.5 que: “*Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora ante un juez...dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso...*”. De igual manera su Art. 8.1 expresa: “*Toda persona tiene derecho a ser oída...dentro de un plazo razonable...*”. Sobre este tema es ejemplar señalar que la primera doctrina en América Latina se suscitó a partir del caso Suárez Rosero, donde el Estado ecuatoriano fue condenado. En este caso, la Corte determinó que se prolongó indebidamente la prisión preventiva en un proceso que duró más de cincuenta meses, transgrediendo los principios de los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Suárez Rosero, del 12 de noviembre de 1997.

⁷⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recibido la doctrina de su par en Europa a partir del caso *Lacayo*, Por su parte, Europa ha construido estos criterios a lo largo del análisis de muchos casos como el caso *Stomgüller* de 1969, caso *Unión Alimentaria Sanders S.A.* de 1989, casos *Motta*, *Vernillo* y *Toth de 1991*, caso *W. c. Suiza* de 1993, etc. Op. cit. Susana Albanese, *Garantías...*, pp. 89, 84-85, 88 y 90

diversas teorías del caso, figuras conexas o concursos de infracciones, sumas o acumulaciones de causas, y posibilidades de abreviación o no del proceso.

b) *Conducta del inculpado*

Se trata de estudiar el comportamiento procesal del detenido y de la defensa –defendido –defensor– en su rol como sujeto procesal, como en la presentación y sustentación de acciones y/o recursos internos o externos, ordinarios o extraordinarios. Se estudia una actitud, tanto de acción como de omisión, que puede ser considerada como dilatoria, siempre que se busque –en una garantía de plazo razonable– la excarcelación del detenido por medios poco éticos, además de indemnizaciones u otros derechos. Para calificar de dilatoria –como indicio de mala fé– a la defensa habrá que revisar pormenorizadamente su actuación, garantizando su impulso con la presunción de buena fé. Esto no niega que los retardos en los procesos penales puedan ser imputables a la defensa, cuando se planteen argucias para envolver a los jueces en los laberintos procesales. Además, esta conducta también puede ser asumida por el inculpado cuando se niegue a acudir a las audiencias sin justificación alguna, llegando a casos extremos como autoafligirse para excusarse de su obligación de comparecer físicamente⁸⁰.

c) *Conducta de las autoridades judiciales*

El retardo injustificado en los procesos penales es la conducta más grave en la violación de este principio, pero asimismo, es la más excusable por parte del poder punitivo, no obstante que el Art. 191 de la Constitución lo sancione declarativamente⁸¹. La dilación en las detenciones por parte de la administración de justicia constituye un autoatentado a su

⁸⁰ En este caso tampoco se puede culpar directamente al detenido, pues para ello existen guías y vigilantes carcelarios que deben impedir el ingreso de objetos o armas con las que puedan lastimarse corporalmente. Además, los centros carcelarios deben contar con médicos y trabajadores sociales quienes tienen la obligación de precautelar la salud física y mental de los detenidos.

⁸¹ La conducta de la acusación, como parte del proceso penal, está encabezada por las actuaciones –u omisiones– del ministerio público, y accesoriamente por las que realice el acusador particular, actuación que se encuentra *confiscada* procesalmente por esta autoridad. Preferimos entonces estudiar esta conducta en el presente factor.

aparente *imparcialidad*⁸². El ministerio público, por su parte, puede adecuar su conducta a este factor cuando promueva la demora en sus investigaciones, actitud verificable al momento de solicitar tardíamente al juez una medida cautelar personal, pasando por encima de los plazos establecidos por la ley⁸³, o cuando divague en la confirmación de la inocencia del detenido. De igual forma, la policía judicial debe tener en cuenta el tiempo que transcurre desde el momento del arresto hasta la presentación del detenido – *transferencia de poder*– ante el juez o autoridad, estimando el plazo con que elaboran o redactan el parte o atestado policial hasta que es notificado a la autoridad competente.

A pesar que el tiempo de la detención se impute a la pena, puede conducir al sistema penal hacia la prolongación de medidas cautelares de carácter personal. En tal caso, el período de la detención dejaría de ser razonable para ser indebido, pareciendo transcurrir el tiempo más como pena que como medida cautelar. El proceso penal no puede convertir su curso o impulso a costa del sacrificio del propio ser humano. Los jueces, al prolongar la detención de las personas, no hacen nada más que –como han señalado con mucha fuerza algunos doctrinarios– anticipar las penas, por ello Ferrajoli sostiene que:

*“...Si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores; y no sólo errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que en el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente afflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva...”*⁸⁴

⁸² La *imparcialidad* o insospechabilidad de la conducta o prudencia del juez comprende en su alejamiento de interés alguno –directo o indirecto– sobre la causa, su objeto o sus partes. Este elemento tiene como presupuesto la *objetividad* –desinterés objetivo– que el juzgador debe emplear en la tutela de las investigaciones y del proceso, lo que implica descartar subjetividades que puedan conducir a la parcialidad y adelanto de criterios antes de dictar una resolución o sentencia.

⁸³ “La Etapa de la Instrucción Fiscal concluirá dentro del plazo máximo de 90 días, improrrogables, a partir de la fecha de notificación al imputado o, de ser el caso, al defensor público o al defensor de oficio designado por el Juez” Código de Procedimiento Penal, Art. 223

⁸⁴ Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho y...*, p. 620

CAPÍTULO II

La Desnudez Garantismo

La Desnudez del Garantismo en Azuay:

Ser oído y ser defendido

Ser oído y ser presentado

Ser oído en un plazo razonable

La Desnudez del Garantismo en El Oro:

Ser oído y ser defendido

Ser oído y ser presentado

Ser oído en un plazo razonable

Excursus: “*Vivir para contarlo*”

CAPÍTULO II

La desnudez del garantismo

Llegamos al momento en que tenemos que hacer una especie de “ruptura epistemológica”⁸⁵, no como una forma de subvertir el marco o la teoría –*garantismo*– a la cual hemos hecho referencia –no queremos que en ese sentido se comprenda la *desnudez*–, sino como la etapa en que tenemos la dura tarea –como una aventura– de comprobar, en la praxis del subsistema penal, el *discurso del garantismo*. Se trata entonces de realizar nuestra propia *búsqueda de la verdad de y en la investigación*⁸⁶; de develar la realidad posiblemente envuelta en apariencias; y, de adentrarnos a resolver el problema de investigación de si: ¿son efectivas las garantías de los detenidos –aprehendidos– en los distritos judiciales de Azuay y El Oro?

Muchas veces, los debates que pretenden ser científicos no son nada más que un redundante ejercicio de “reflexión” del discurso sobre la base del mismo discurso –aunque la verdad somos tributarios de los debates teóricos. No queremos decir que los debates teóricos sean aburridos, por el contrario, la crítica es sobre aquellos que aspiran constituirse como ciencia sin haberse comprobado sus principales tesis en la práctica.

⁸⁵ “Sin ruptura epistemológica el conocimiento social es imposible”. Ver Paul Grell, “Los relatos de vida: una metodología para superar las realidades parciales”, en Groupe de Analyse des politiques sociales, *Les Récits de Vie. Théorie, méthode et trajectoires types*, Québec, Editions Sain Martin, 1986, p. 29

⁸⁶ Kosik explica el problema de la verdad en la investigación histórica, cuando dice que: “¿La historia real es acaso la de la conciencia del hombre, la que ha permitido que los hombres tomen conciencia de su tiempo y de los acontecimientos? ¿O bien es la historia de los acontecimientos tales cómo se han desarrollado verdaderamente y han tenido que reflejarse en la conciencia del hombre? Un doble peligro está al acecho: o bien describir los hechos históricos como tenían que haberse desarrollado, o sea racionalmente, y por lo tanto introducir la lógica en la historia: o bien narrar sin crítica ni juicio alguno lo acontecimientos, lo que equivale en definitiva a renunciar el carácter fundamental de todo trabajo científico, o sea saber diferenciar lo esencial de lo accesorio en la investigación de la significación significativa de los hechos”. Ver K. Kosik, *La dialéctica de lo concreto*, París, Maspero, 1978, pp. 37-38

Creemos que esta es una grosera forma de tomarle el pelo al lector, a la sociedad, y por que no decirlo, a la ciencia. Y tal vez esto se presenta porque muchos “investigadores” no quieren contaminarse con la realidad, es decir, con el objeto de investigación. En este sentido creer que la realidad se mantendrá inmutable después de nuestra intervención es una ingenuidad. Tampoco queremos decir que hay que destruir la realidad, sino más bien atacar su aparente autonomía, sin exacerbar la estructura ni la agencia.

Nuestra realidad se enfoca en el *objeto de investigación*, fundamentalmente, en las garantías de las personas detenidas en los citados distritos judiciales⁸⁷. Los demás actores – en el denominado teatro de operaciones del debido proceso de la detención– esto es: jueces, fiscales, policías judiciales y abogados defensores, constituyen los elementos contextuales de nuestro objeto de investigación. Su participación por ende es de suma importancia, debido a que su inclusión en la investigación determina también esa *búsqueda de la verdad* que aspiramos descubrir, de esta manera también forman parte de nuestro objeto. Además, en el marco de este objeto usaremos tres variables para descubrir y responder el problema de investigación –variables que construimos y estudiamos anteriormente–, enmarcadas en los estándares constitucionales de: ser oído y defendido, ser oído y presentado; y, ser oído en un plazo razonable. Su empleo nos ayudará a medir el grado de efectividad de los derechos de los detenidos.

No obstante, hemos colocado algunos reparos acerca de la metodología a usar puesto que, político-criminalmente hablando, para este tipo de análisis se suele recurrir al uso de métodos cuantitativos –imperialismo de las encuestas. De ahí la aparición –muchas veces para prejuizar– de disciplinas y oficinas definidas con el nombre de Estadística Criminal, sujetándose a formas de calificación y clasificación de personas para así diferenciarlas –en

⁸⁷ Nuestro objeto de investigación son los detenidos –observados–, tanto hombres como mujeres, aunque el uso de esta categoría parezca dirigirse a un sector del género, no obstante comprende a todos y todas las personas privadas de su libertad por delito flagrante.

homenaje a los números– del resto de la sociedad, clásica manifestación del Estado de Policía y del neolombrosianismo⁸⁸.

A pesar que adoptaremos el método cuantitativo, mediante encuestas dirigidas a los detenidos –aprehendidos– por delito flagrante en Azuay y El Oro, será lo cualitativo lo que nos garantizará la *representatividad* en la construcción de los datos de la investigación, puesto que, consideramos que la interacción con los observados depende, básicamente, de una *relación social* más que de un ejercicio matemático⁸⁹. Se trata de seres humanos que no están circundados en cifras, sino en *relatos de vida*⁹⁰. Nuestro procedimiento oscila entonces entre el análisis detallado de las prácticas –en la agencia y la estructura– que gira alrededor de la detención; y, en el movimiento totalizador, como aquello que hace de esas prácticas algo compartido.

De esta manera, colocamos algunas reglas de juego –así como también nos desenvolvimos sobre la base de algunas ya establecidas⁹¹. Estas reglas, metodológicamente, nos permitirán la *construcción de los datos* en nuestra investigación, la que se hará a través de encuestas (lo macro) y de entrevistas (lo micro), sin divorciar las metodologías cuantitativas y cualitativas, pues encontraremos que en lo cuanti habrá un poco de lo cuali. Lo que queremos decir es que no se trata de separar los dos métodos, sino de confrontarlos a la luz de la *interacción* que tendremos frente a quienes vamos a interrogar⁹².

⁸⁸ Para saber si el tradicional Estado de Policía de Wolf y los criterios de Lombroso se mantienen, cabría solamente con preguntarse si los funcionarios de la Policía Judicial del Ecuador asocian el término *detenido* con *delincuente*; y, colegir si tantas o cuantas detenciones son suficientes para clasificar a una persona en el mundo –o submundo– del hampa, aunque no haya tenido sentencia judicial condenatoria ejecutoriada en su contra.

⁸⁹ Ver Homero R. Saltalamacchia, “Historias de vida y movimientos sociales: el problema de la representatividad”, en *Revista Mexicana de Sociología* XLXI, No. 1 (Enero-Marzo), México, 1983, p. 258

⁹⁰ De ahí que introduciremos un excursus a este capítulo denominado “Vivir para contarlo”.

⁹¹ Este distingo hace referencia al hecho de que en las encuestas el investigador coloca las reglas de juego con anterioridad; mientras que en lo cualitativo, las reglas van apareciendo conforme se desarrolla la entrevista. *Ibíd.*, p. 276

⁹² En este sentido, la comunicación con nuestro objeto –y elementos– de investigación juega un papel preponderante. No se trata de fingir o *representar* nuestro rol a manera de una distorsionada observación participante, aunque introducirse en los centros carcelarios nos hizo pensar y sentir, brevemente, que también

Sobre lo cuantitativo.- La obtención de la muestra –para poder desarrollar las encuestas sobre preguntas cerradas– en las personas privadas de su libertad en los distritos judiciales de Azuay y El Oro, se recabó de los censos proporcionados por la Dirección Nacional de Rehabilitación Social del Ecuador, en la actualización de Julio de 2007, sobre personas no sentenciadas, es decir, que se encontraban aún bajo la medida cautelar prisión preventiva⁹³. En tal sentido, por un lado, los datos arrojados para los centros carcelarios de Cuenca –varones y mujeres– fueron de 236 personas privadas de su libertad (202 varones y 34 mujeres)⁹⁴. Por otro, en el centro carcelario de Machala –donde se encuentran las celdas de varones y mujeres conjuntamente– la cifra fue de una población carcelaria de 379 procesables (362 varones y 17 mujeres). Estas cifras no constituyen aún la *muestra probabilística*. Aquella se circunscribió en el 10% del censo de cada distrito carcelario⁹⁵, donde además usamos los siguientes criterios de selección para su obtención:

a) En detenidos con procesos pendientes –sin entrar a la etapa del juicio– bajo la categoría de sospechosos o imputados, llámense sumariados, indiciados, o simplemente procesados;

estábamos detenidos. La relación sujeto-objeto aparecerá a simple vista, pero habría que diferenciar los estatus individuales. Podrá mutarse en el investigador –observador–, más no en el investigado –observado–, expresándose de la siguiente forma: abogado/detenido; estudiante/detenido; investigador/detenido. La calidad del objeto de investigación no cambia, pero sólo para efectos del presente estudio podremos denominarla como encuestados, investigados u observados. Por el contrario, la calidad de del entrevistado –que también es observado– si cambia: juez, fiscal, policía judicial y abogado defensor.

⁹³ Ver web site: www.dnrs.gov.ec/Estadisticas.htm, visita 30/07/07. No se encontró censo ni estadística oficial alguna sobre personas detenidas –aprehendidas– y encarceladas por delito flagrante.

⁹⁴ La investigación –encuestas y entrevistas– en la provincia del Azuay –región Sierra–, distrito carcelario de Cuenca, se llevó a cabo en los días 17, 18, 19, 20 y 21 de Septiembre de 2007. En la provincia de El Oro –región Costa–, distrito carcelario de Machala, la investigación de campo se realizó en los días 1, 2, 3, 4 y 5 de Octubre de 2007.

⁹⁵ Matemáticamente, la muestra probabilística en cada distrito carcelario sobrepasaba el 60% del total, cifra con la que, materialmente, nos hubiera sido imposible encuestar en los días y con el presupuesto de la investigación. Por ende, la *representatividad* en las encuestas se sostiene sobre las entrevistas realizadas en ambos distritos, debido a que ellas arrojan más datos que las encuestas, por lo que es plenamente factible hacer *generalizaciones*. Esta muestra ha sido recabada *in situ* de las personas que han estado en calidad de detenidas, es decir, de aquellas que se encontraron aún privadas de su libertad, aunque su estatus jurídico pueda ser otro al momento de la encuesta –prisión preventiva–, lo que nos permitió obtener una muestra más palpable, veráz y aproximada al momento de la detención, descartando aquellas que pudieran ser obtenidas de personas excarceladas, no solo por la dificultad de su individualización, sino por la opacidad de su percepción como ex detenidas.

b) En detenidos no encontrados bajo la medida cautelar –aún vigente en ese entonces– de la denominada *detención en firme*, por ende, que no hayan sido condenados;

c) En detenidos –hombres y mujeres– que hayan sido aprehendidos y encarcelados por *delito flagrante*; y,

d) En detenidos subdivididos en tres grupos determinados por la edad: entre 18 y 28, entre 29 y 39; y, de 40 años de edad en adelante.

No utilizamos para la selección, ni el tipo objetivo del delito imputado ni la ocupación de los detenidos, pues ello nos permitió obtener otros datos necesarios para la presente investigación. Además, a fin de garantizar la *fiabilidad*, revisamos algunos de los cuerpos o expedientes procesales que reposan en las agencias judiciales y en el ministerio público de los distritos donde se realizó la investigación. Esto determina que las encuestas gozan de una mayor *representatividad*, haciendo que el dato cuanti contenga a su vez lo cuali, pues al revisar los expedientes las encuestas se convirtieron, prácticamente, en relatos de vida, propia de la investigación cualitativa.

Sobre lo cualitativo.– La técnica a emplearse es la de entrevista, practicada en ambos distritos judiciales, sobre la agencia judicial: jueces; el ministerio público: fiscales; la policía judicial: agentes; y, los defensores públicos y de oficio: abogados. Un hecho importante de resaltar es que mientras practicamos las encuestas en los centros carcelarios, sin darnos cuenta, desarrollamos también entrevistas, puesto que es difícil obtener la información que exigía el cuestionario sin atreverse, pacientemente, a escuchar los relatos que nos brindaron cada una de las personas detenidas. En la observación no se trató de colonizar al observado a través de una disfrazada representación de roles, sino de exponer una interacción reducida en términos de *violencia simbólica*, es decir, utilizando un lenguaje sencillo para evitar subjetivizar al objeto de investigación⁹⁶.

⁹⁶ Sin duda, uno de los más exquisitos documentos sobre los recaudos que debe tomar el investigador en las entrevistas –y la realidad del objeto de investigación– se encuentra en la afamada obra *Las Miserias del*

Los invitamos entonces a realizar un viaje desde el *deber ser* hasta el *ser* del garantismo; en dos universos paralelamente poblacionales, pero alternativamente regionales; en centros carcelarios, agencias judiciales, fiscales y policiales que congloban el *ius puniendi* del Estado, y que permitirán resolver el problema central a que se debe este trabajo. Consecuentemente, constataremos –en la realidad de la detención– la existencia de verdaderas garantías o de verdaderos mitos⁹⁷.

Mundo de Bourdieu. Ver Pierre Bourdieu, “Comprender”, en Pierre Bourdieu y otros, *Las Miserias del Mundo*, Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 1ra reimp., 2000, pp. 528-529

⁹⁷ Advertimos que, por el respeto que merecemos del principio de presunción de inocencia y de confidencialidad, se reservarán y protegerán las identidades de los encuestados y entrevistados, con excepción de aquellas personas que, voluntaria y concientemente, nos hayan autorizado publicar sus nombres.

La desnudez del garantismo en Azuay



Foto 1: Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca
Dirección: calles Nicanor Merchán 230 y Eugenio Espejo, 18/09/07

Ser oído y ser defendido

“La exigencia de la defensa hunde sus raíces en las inexplotables profundidades del mecanismo de la conciencia. La dignidad del defensor, decía, se eleva justamente, pero se agrava no menos la responsabilidad de él”

Francesco Carnelutti⁹⁸

Las personas aprehendidas en el distrito carcelario de Cuenca, tanto varones como mujeres, nos supieron manifestar en un 100% –sin excepción alguna– que, al momento de su arresto o aprehensión, los agentes policiales que efectuaron su captura *no se identificaron*, para ser trasladados, posteriormente, a los calabozos de la Policía Judicial ubicado a un costado de la cárcel de varones de la misma ciudad, recinto conocido a nivel

⁹⁸ Ver Francesco Carnelutti, *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducido al verso castellano por Santiago Sentís Melendo, México, Editorial Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del derecho procesal penal, vol. 2, 2002, p. 101

nacional como Centro de Detención Provisional (CDP). El 81.8 % de los encuestados manifestaron que⁹⁹, al momento de su captura, no fueron informados, es decir, *no les fueron leídas las garantías constitucionales* por parte de sus captores o policías. Las garantías silenciadas por la fuerza pública fueron entonces: el derecho a contar con un abogado para su defensa, el derecho a guardar silencio y el derecho a comunicarse con un familiar. Así vamos configurando una praxis policial que determina su preámbulo con una mal partida de nacimiento, dentro de la efectividad de las garantías de los detenidos en Azuay.

Vale acotar que, llamar a los procesables de sus “celdas” para convocarlos a la presente encuesta fue una tarea difícil, pues todos se encontraron en calidad de mezclados, ubicados y hacinados en un solo pabellón con respecto a los sentenciados o condenados, observando una sobrepoblación carcelaria que denotaba un ambiente de detención totalmente inseguro. No percibimos posibilidad alguna de compartimentación para evitar el denominado *contagio criminal*, consagrado por instrumentos internacionales de protección de Derechos Humanos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art.10.2.a) y las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos (Art. 8.b), que establecen que los detenidos con prisión preventiva sean separados con respecto a los condenados. Tampoco notamos que se les dotara de servicios básicos como agua potable, pues la instalación donde funciona la actual cárcel de varones es un recinto totalmente precario con paredes que filtran bastante humedad¹⁰⁰. Además, la cárcel de mujeres se encuentra en una casa –de fachada colonial– diseñada con ambientes domésticos (sala, comedor, cocina, patio y

⁹⁹ Ver Anexo 1, Gráfico No. 1

¹⁰⁰ Ver Foto 1. Compartimos con Zaffaroni la crítica que hace sobre la pretensión de legitimarse el poder punitivo asignándose una función positiva, cuando todos sabemos que las cárceles comparten las mismas características que los manicomios o los cuarteles. Ver Eugenio R. Zaffaroni, y otros, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2da. Ed. y 1ra. Reimp. 2006, p. 46

baños), donde –debido a sus escasas dimensiones– las detenidas se encuentran ubicadas –hacinadas– generalmente en el patio¹⁰¹.

Las personas aprehendidas –tanto varones como mujeres– por posesión ilícita de estupefacientes nos dijeron que fueron conducidas, previo a sus celdas en el CDP, a la División de Antinarcóticos ubicada en las instalaciones de la Policía Judicial. Excepcionalmente una detenida, a la que llamaremos “Carmen”, nos supo decir que:

“Fui retenida, sin orden de allanamiento, por agentes de antinarcóticos durante más de tres horas en mi propia casa y en presencia de mi hija que es menor de edad...me interrogaron –a la vista de mis enseres domésticos– sin la presencia de ningún abogado que me defendiera, ni de un agente fiscal...”

Un 55% de los encuestados nos contaron que, dentro de las 24 horas de su detención, no se les permitió comunicarse con sus familiares ni se les proveyó de medio alguno para realizar una llamada telefónica¹⁰². Del 45% restante, es decir, del 100% de detenidos que se les permitió comunicarse con personas de su confianza, un 34% dijeron que no los dejaron ingresar al CDP porque los agentes de policía de la garita de control y acceso a las celdas les impidieron su ingreso por motivos de documentación y horarios¹⁰³. En ello, “Tito”, un agente de la policía judicial nos dijo que:

“El horario de visitas creo que comienza a las doce. No se le permite el ingreso a nadie fuera de estos horarios” (Entrevista confidencial: Cuenca, 21/09/07)

Pudimos encontrar que el 55% de los detenidos del Azuay son obligados a declarar en su contra, es decir, *son autoincriminados*¹⁰⁴, y por ende, son coaccionados a transgredir su garantía a guardar silencio, situación que le sirve a los fiscales para solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva. Además, un 69% de los encuestados nos dijeron que el interrogatorio se realizaba sólo en presencia de los agentes policiales, sin la

¹⁰¹ Ver Anexo 3, Foto 1

¹⁰² Ver Anexo 1, Gráfico No. 2

¹⁰³ Ver Anexo 1, Gráfico No. 3. Además ver Anexo 3, fotos 2, 3 y 4.

¹⁰⁴ Ver Anexo 1, Gráfico No. 4

comparecencia de sus abogados defensores ni la del agente fiscal¹⁰⁵, como cuando “Xavier” dijo que:

“Me dijeron: ‘mira negrito –refiriéndose a los agentes que lo aprehendieron–, sólo tienes que decir que te robaste esa computadora, eso te va ayudar a salir de aquí’, y yo hice eso y mira donde estoy...”

La mayoría de las personas detenidas en el Azuay no disponen de recursos económicos para solventar los gastos de su asistencia técnico-legal por medio de un letrado en derecho, lo que impide la contratación de defensores privados¹⁰⁶. Sin embargo, *Cuenca cuenta con sólo dos defensores públicos* adscritos al poder judicial, sin independencia ni especialización de sus roles –en las ramas o disciplinas del derecho–, quienes realizan, entre sus polifuncionales tareas jurídicas, la actividad de defender a los detenidos en todo el distrito judicial azuayo, actividad –de la que nos dijeron– que no se alcanzan.

Otros letrados en derecho que se suman a la tarea de efectivizar la garantía de ser defendido son los denominados *defensores de oficio*, a través ciudadanos que ad honorem dedican su tiempo para la aplicación de esta garantía. Son abogadas y abogados con no más de tres años en el ejercicio de su profesión, proporcionados por consultorios jurídicos de instituciones como la Universidad Católica de Cuenca y la Universidad de Cuenca, ésta última con egresados organizados en entes como la Corporación “Grupo de Rehabilitación de Ayuda a los Internos” (G.R.A.I.) para paliar, de alguna forma, la ausencia de defensores gratuitos en el Azuay y la altísima demanda de asistencia legal por parte de los detenidos.

A la falta de oferta de defensores gratuitos –y a la creciente demanda de defensa para las personas detenidas en el Azuay– se suma el problema del tiempo para la eficacia técnica del derecho a la defensa. Al contar con un plazo de 24 horas, los defensores

¹⁰⁵ Ver Anexo 2, Gráfico No. 5

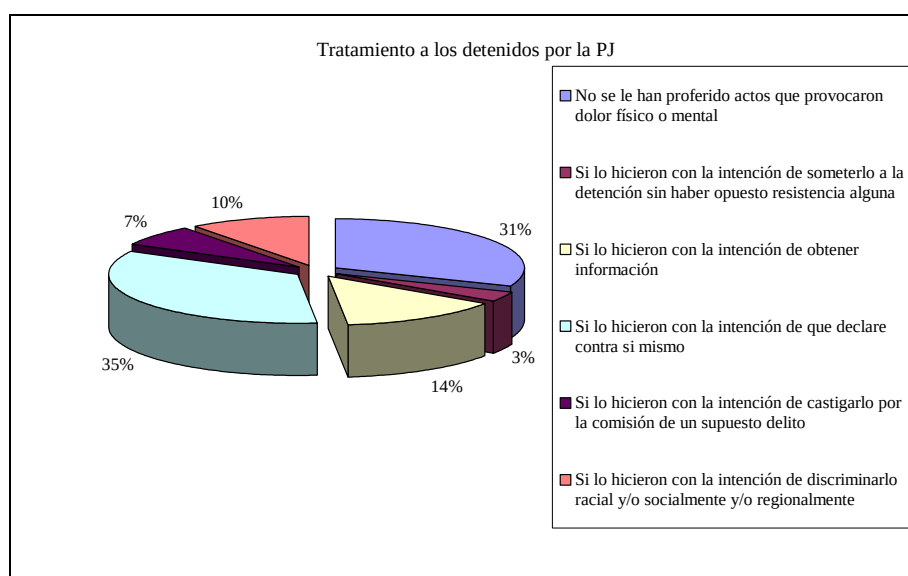
¹⁰⁶ Ver Anexo 2, Gráfico No. 6. En este caso, el Comité de Ministros de la Unión Europea resolvió favorecer con la asistencia de consultorios jurídicos gratuitos a personas con problemas económicos, sean nacionales o extranjeras, con residencia en el territorio europeo. Ver Conseil de l’Europe, Recommandation No. R (93), adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l’Europe le 8 de janvier de 1993, élaborée par le Comité directeur pour les droits de l’homme (CDDH), relative à l’accès effectif au droit et à la justice. Op. cit., Susana Albanese, *Garantías...*, p. 49.

azuayos tratan de preparar una convincente teoría del caso prácticamente “a la carrera”, resumida en la simple oposición a la pretendida solicitud de prisión preventiva que realiza el fiscal, defensa que es invisibilizada por la carga acusatoria del Estado y, prácticamente, desestimada por los jueces en las audiencias¹⁰⁷. En ello, “Susana” dijo que:

“No existe igualdad de armas...nostras hacemos lo que podemos, nadie nos paga. La defensa tiene que hacerse a la carrera, pues somos pocas abogadas en este consultorio, donde tenemos inclusive que poner de nuestro bolsillo para las copias...” (Entrevista confidencial: Cuenca, 19/09/07)

El tratamiento de la fuerza pública –*ex post* detención– del Azuay da mucho que decir. 69% de los encuestados supieron decir que son maltratados –de algunas formas y con distintos fines– por agentes de la policía¹⁰⁸, tal como lo observamos en el gráfico No. 1:

Gráfico No. 1



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

¹⁰⁷ En la casuística estadounidense se tienen como precedentes negativos de defensa los casos: *Caso Young v. Kemp*, 470, U.S., 1009, 1985, donde el abogado defensor se encontraba bajo el efecto de las drogas en una audiencia que decidía condenar a muerte a su defendido. El *Caso Mitchell v. Kemp*, 483, U.S., 1026, 1987, donde el abogado defensor no presentó ninguna prueba, además de dormirse mientras se desarrollaba la audiencia. Y, el *Caso Romero v. Lynaught*, 494, US, 1012, 1990, donde su abogado defensor no presentó ninguna prueba y en su intervención final sólo pronunció 29 palabras. Citados por Op. cit., Iñaki Esparza Leibar, *El Principio...*, pp.104

¹⁰⁸ “Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 6

- a) Un 3% de los detenidos sostuvo que eran intimidados y coaccionados a abordar los patrulleros de la policía, teniendo que soportar vejámenes como puntapiés –patadas– y golpes de mano –puñetes– aún sin haber opuesto resistencia al arresto;
- b) Un 14% sufrieron maltratos por parte de los captores-policías a través de insultos y golpes proferidos generalmente en sus brazos y abdómenes, con la finalidad de obtener, supuestamente, información acerca de los móviles y responsables del presunto delito en el que habían sido aprehendidos;
- c) Un 35% padecieron maltratos físicos en el interrogatorio, con la finalidad de promover su autoincriminación e inculpación;
- d) Un 7% dijeron que fueron maltratados por los agentes de la policía, a quienes sencillamente les parecían cumplir con la *misión social* de castigarlos por su participación in fraganti en el ilícito; y,
- e) Un 10% manifestó que fueron golpeados por los policías en el marco de insultos que proferían una abierta discriminación racial y regional, como por ejemplo en los detenidos oriundos de la costa, y dentro de ella, a los de provincias como Esmeraldas y Guayas¹⁰⁹.

Los detenidos –que respondieron que fueron maltratados por agentes de la fuerza pública– sostuvieron que nunca fueron revisados, después de ser maltratados, por los médicos del centro carcelario, revisión que sólo se hacía por una sola vez al ingreso del centro y que se limitaba a averiguar si tenían enfermedades contagiosas como gonorrea, VIH o tuberculosis. En este sentido “Juan” expresaba que:

¹⁰⁹ La tendencia a formarse prejuicios por parte del agente policial es una conducta peligrosa para el desarrollo efectivo del garantismo. Ver Raúl Tomás Escobar, *El Interrogatorio en la Investigación Criminal. Confesión y Torturas: psicología, sociología, psicopatología. Técnicas para la investigación del delito*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2da. ed. 1987, pp. 287 y ss.

“A mi me garrotearon porque les parecía ‘choro’...me dijeron que a gente como a mi en otras partes las quemaban y que agradeciera que al menos estaba vivo...”

Algunos fiscales y jueces de este distrito manifestaron con entusiasmo que, excepcionalmente, habían realizado procedimientos abreviados, además de estar interesados por promover su realización al máximo nivel. “Rosa”, jueza de este distrito supo decir que:

“Sabes, creo que el procedimiento abreviado ayudará mucho a descongestionar el hacinamiento en las cárceles. Aquí practicamos uno que típicamente no era factible porque la pena pasaba de cinco años, se trataba de un robo agravado. Pero el caso era por tentativa de robo agravado, entonces procedimos. En menos de 24 horas se solucionó este caso” (Entrevista confidencial: Cuenca, 20/09/07)

Ser oído y ser presentado

“Le queda aún al detenido ‘el paseo’, esposado, por los pisos tercero, quinto o séptimo del Palacio de Tribunales, pos sus pasillos y ascensores, siempre acompañado de agentes policiales, a la vista de todos, como una marca indeleble que no se olvidará fácilmente”

Elías Neuman¹¹⁰

Una de las inquietudes que nos llevó a realizar parte de esta investigación en el Azuay es precisamente la referida a esta garantía. El estudio de cada uno de los expedientes de los encuestados –claro está, sobre la base de personas cuya medida coercitiva al momento de la encuesta era la de prisión preventiva y ya no detención– nos llevó a cerciorarnos que, efectivamente, todos los detenidos por delito flagrante son presentados ante el juez, cumpliendo con la garantía del Art. 24.6 de la Constitución Política y las consagradas en los tratados de protección de los derechos humanos¹¹¹.

¹¹⁰ Ver Elías Neuman, *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*, Bogotá, Editorial Temis, 3ra. ed., 2005, p. 143

¹¹¹ “Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuere ilegal”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 9.4

Los jueces de lo penal del Azuay nos contaron que reciben en su administración de justicia las directrices del derecho internacional de los derechos humanos, eliminando la posibilidad de aplicar restricciones –en el marco jurídico de los detenidos– a sólo normas de ordenamiento procesal penal nacional. Reconocen que los tratados internacionales de protección de derechos humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, y por ende, que gozan del mismo rango y supremacía de nuestra Carta Magna.

Se aplican los principios esbozados en la Constitución Política dando respuesta al cumplimiento de las garantías de defensa, presentación y plazo razonable del detenido¹¹². No se trata de hacer un control de la Constitución en su *legitimidad* o *vigencia* porque ello le compete a otros órganos. Lo que sí se trata es de hacer un control de garantías constitucionales en su *efectividad* al momento de la detención, papel que corresponde hacerlo al juez natural del detenido. En ello se expresa la garantía de hacer comparecer al detenido, donde su discrecionalidad se encuentre subsumida al desarrollo de los principios y no sólo a la mera sustanciación de la ley procesal penal¹¹³.

Los detenidos en Azuay no comparecen por medio de un expediente o de un parte policial. Son llevados en persona por agentes de la policía judicial ante el juez competente –juez de turno– a las salas adaptadas para que en audiencia, en presencia del fiscal y del abogado defensor, se debata la posibilidad o no de cambiar la medida cautelar personal de detención por la de prisión preventiva, es decir, se analice la sustancia misma de la *fórmula de juicio* con la que se aprehenden a las personas, para luego discutir sobre su legalidad.

¹¹² Zaffaroni en este sentido opina lo siguiente: “*En el plano de la realidad social y el poder, las agencias políticas presionarían sobre los jueces que sentenciasen de acuerdo con los Derechos Humanos: los amenazarían, al menos con no promoverlos en los ascensos. No faltarán los políticos que aprovechen la coyuntura para aumentar su clientela política criticando a los jueces y promoviendo campañas de desprestigio. Otros menos inmorales se callarían para no correr el riesgo de perjudicar a su clientela*”. Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, “Justicia Penal y discriminación”, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001, p. 333

¹¹³ “...Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por una ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella...”. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1

El juzgado –y no sólo el juez– se moviliza a la planta baja de sus instalaciones –salas de audiencias– para calificar la flagrancia de un delito. Los tres jueces entrevistados nos supieron manifestar que se trata de hacer funcionar al sistema de garantías, decaído muchas veces por órganos como el ministerio público y la policía judicial.

De esta forma, el subsistema judicial azuayo a través de sus operadores de justicia ha denominado a la comparecencia del sospechado por delito flagrante como *audiencia de calificación de flagrancia* o *audiencia de control de flagrancia*, también conocida en el argot de los abogados cuencanos como *audiencia de flagrancia delictual*¹¹⁴. No se trata en este sentido de reproducir la nomenclatura de *audiencia de formulación de cargos*, pues aquella jurídicamente hablando comprende a la etapa del juicio o enjuiciamiento, cuyo momento procesal es distinto al del estatus de sospechoso en la persona privada de su libertad.



Foto 2: “Audiencia de Calificación de Flagrancia”
Juzgado Tercero de lo Penal del Azuay, 20/09/07

¹¹⁴ Esta audiencia es la denominada “puerta giratoria” en el sistema procesal penal chileno.

Para poner en práctica los estándares constitucionales les toca a los jueces la delicada tarea de conminar a todo el aparato judicial en un solo momento. De esta manera van eliminando cada vez más la administrativización de la justicia al promover la concentración de las partes para resolver la cuestionable flagrancia, dentro de una actividad que no les resulta para nada holgada. Al tener que cumplir con los plazos razonables se ven en la obligación de añadir más horas de trabajo a sus funciones como jueces. A ello se le suma también el aumento de trabajo a otros actores, que aunque no brillen, dan luces a la garantía de ser presentado, como son los secretarios, auxiliares, etc. “Miguel”, uno de los secretarios de los juzgados penales del Azuay –a quien no teníamos previsto entrevistar– nos dijo que:

“Por estas audiencias trabajamos más horas que las establecidas. No sabes cuanto trabajo tenemos...la carga es mucha, la verdad no estoy muy contento con esto”

El rol del juez penal azuayo es calificar, mediante un razonamiento, la legalidad de la aprehensión –detención– y la procedencia o no de la prisión preventiva, generando el debate entre las partes, como expresión del contradictorio al facilitar un interrogatorio cruzado. Además, se analizan –no se juzgan– con argumentos en derecho los hechos con que se *sospecha* a una persona de su posible imputación en la comisión de un delito, no sólo mediante una operación interpretativa del Código de Procedimiento Penal ecuatoriano¹¹⁵, sino también, de la Constitución y de los Tratados Internacionales, como expresión de su plena objetividad. De ahí decimos que su imparcialidad se mide también por el grado de argumentación y de respeto a las garantías constitucionales en la denominada audiencia de calificación de flagrancia, tal como lo vemos en el anexo 7.

¹¹⁵ El Código de Procedimiento Penal en su Art. 15 sostiene que: “*Todas las disposiciones de esta ley que restringen la libertad o los derechos del imputado o limitan el ejercicio de las facultades conferidas a quienes intervienen en el proceso, deben ser interpretadas restrictivamente*”

Al inicio de cada audiencia de calificación de flagrancia el juez se dirige al detenido – con el lenguaje más sencillo– para explicarle la naturaleza de su detención, el por qué de su presencia y las posibles consecuencias jurídicas de ese momento¹¹⁶. A ésta breve explicación se suma la mención de sus garantías con cita en los principios constitucionales y los contentivos en los tratados internacionales de protección de Derechos Humanos.

La audiencia de calificación de flagrancia ha permitido que la maquinaria judicial azuaya se desenvuelva con una mecánica rapidez y funcionalidad. El derecho a ser presentado también es asumido por los policías judiciales al tener que elaborar el respectivo *parte* o atestado inmediatamente después de la captura o aprehensión de una persona, para notificarlo con diligencia a la autoridad competente. “Marco”, agente fiscal, decía que:

“Todos nos hemos acoplado a estas audiencias. Recuerdo que fueron una jueza y una agente fiscal las que propusieron esto. La verdad han revolucionario al sistema” (Entrevista confidencial: Cuenca, 21/09/07)

Lamentablemente, mientras por un lado esta garantía es fortalecida por las agencias judiciales, por otro, es menoscabada por la policía y el ministerio público mediante la trasgresión de otras garantías como el *ser defendido*. El interrogatorio es realizado, generalmente, sin presencia del defensor y sin la comparecencia del agente fiscal, “llevando” ante el juez un detenido criminalizado por el sistema, sea por la permisón de la autoincriminación o por la violación del derecho a la defensa al no permitir su pleno desarrollo material¹¹⁷. Además, la propia defensa recién conoce al detenido segundos antes de realizarse la audiencia, lo que le impide preparar una buena estrategia para promover la excarcelación de su defendido.

¹¹⁶ Para disponer un juez la medida cautelar personal de prisión preventiva se debe atener a los siguientes requisitos: “...1. Indicios suficientes sobre la existencia de un delito de acción pública; 2. Indicios claros y precisos de que el imputado es autor o cómplice del delito; y, 3. Que se trate de un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año” *Ibíd.* Art. 167

¹¹⁷ Ver Anexo 1, Gráfico 4; y, Anexo 2, Gráfico 6

No podemos prescindir del papel que juegan otros actores como los medios de comunicación, sobre todo cuando los agentes de policía presentan –primero ante la prensa cuencana– a las personas privadas de su libertad involucradas en la comisión de delitos flagrantes. Tratan de demostrar su eficacia a costa de la vergüenza y de la violación del principio de inocencia y de dignidad humana.

A pesar de ello, la *audiencia de calificación de flagrancia* permite que el detenido conozca a su juez natural y que, inversamente, el juez conozca a su tutelado. Empero, todo esto dentro de una judicatura que sólo cuenta con tres juzgados penales, donde los jueces alcanzan –a sobre tiempo– a resolver el problema de la exención de la detención¹¹⁸ o de su transformación en prisión preventiva, en el desarrollo de lo que cada día se espera sea un mejor debate. La personificación del juez –y del juzgado– en las audiencias de calificación de flagrancia genera la seguridad del detenido para observar a los funcionarios que tienen la obligación de hacer efectivas sus garantías. En este sentido, uno de los jueces penales del Azuay sostuvo que:

“No verle la cara a un detenido en una audiencia es faltarle el respeto, ellos saben que decisión tenemos al mirar nuestros gestos, al escucharnos hablar...se debe resolver al termino de la audiencia y no en los días venideros, pues de lo contrario, sería como burlarse de la justicia y jugar con el detenido” (Entrevista a SV Juez de lo Penal del Azuay, Cuenca, 21/09/07)

La celebración de estas audiencias ha permitido en el Azuay construir la confianza en su aparato judicial penal, mediante el alejamiento cada vez más de la posibilidad de impunidad en los maltratos cometidos contra los detenidos. Además, a ello se suma el cumplimiento del *contradictorio* y de la *inmediación* que cambian el rol y la naturaleza inquisidora de juez penal a juez de garantías.

¹¹⁸ La exención de prisión, según La Rosa, tiene por objeto evitar la prisión inútil de la libertad de una persona que, en caso de ser detenida, se encuentre en situación de obtener su excarcelación. Op. cit. Mariano R. La Rosa, *Exención de prisión y...*, p. 295

Ser oído en un plazo razonable

“Esa dable pensar que se asigne importantes recursos con vista a la restauración social. Incluso podría haber sido posible combinar la liberación con rituales importantes que oficialmente simbolicen para el preso y su entorno que ahora su tiempo de cautiverio ha finalizado, la desgracia ha sido reparada y se le devuelve la dignidad y el honor”

Thomas Mathiesen¹¹⁹

La presencia del detenido en la *audiencia de calificación de flagrancia* en el Azuay trae consigo siempre la característica de cumplirse dentro de un plazo razonable, para que la detención administrativa o policial no devenga en ilegal por razones de tiempo. Precisamente, la revisión que hicimos de algunos procesos o expedientes nos permitió constatar que el 100% de los encuestados fueron presentados física o materialmente ante su juez dentro de las 24 horas. Las personas capturadas por delito flagrante fueron trasladadas antes de cumplir el día de su detención, así por ejemplo, en el “peor de los casos”: el encuestado “Carlos” fue detenido a las 16H50 del día Lunes 20 de Agosto de 2007 para ser presentado ante la autoridad a las 16H35 del día Martes 21 de Agosto de 2007, con un margen diferencial de quince minutos, es decir, antes de pasar las 24 horas de estar privado de su libertad¹²⁰.

La fórmula de plazo razonable de las detenciones en la provincia del Azuay se efectiviza por medio del mandato que los jueces hacen al haber implantado la denominada *audiencia de calificación de flagrancia*, aplicando lo que dispone la Constitución Política del Estado y los tratados de protección de derechos humanos. No obstante, la disciplina de respetar el plazo razonable de 24 horas ha traído consigo que el contradictorio en la audiencia se realice de manera desproporcional, es decir, sin igualdad de armas.

¹¹⁹ Ver Thomas Mathiesen, *Juicio a la Prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003, p. 63

¹²⁰ Proceso Penal No. 557-07 Juzgado Segundo de lo Penal del Azuay. Agradecemos para esta revisión la colaboración de Fausto Vásquez, Coordinador de los Juzgados Penales de Cuenca.

En estas audiencias el ministerio público, generalmente, se reduce a solicitar la prisión preventiva de los detenidos en el decreto de una instrucción fiscal. Sus diligencias de investigación son realizadas por agentes de la policía judicial. Algunos fiscales manifestaron que el plazo de 24 horas era demasiado corto para hacer una adecuada investigación, sugiriendo que éste debería ser de al menos 72 horas para poder analizar eficazmente los “cargos” que se le atribuyen a una persona¹²¹.

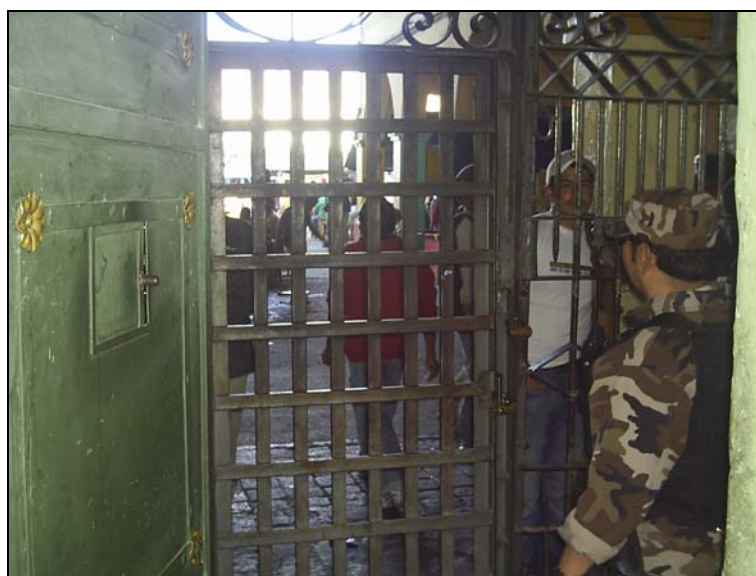


Foto 3: Ingreso a Pabellón de Detenidos
Cárcel de Varones “La Grande” de Cuenca, 19/09/07

Debido a la realización de las tareas del ministerio público por parte de la policía judicial, los funcionarios de esta entidad se sienten como apoderados del ius puniendi para “dirigir”, en el lapso de un día, todas las investigaciones que sirvan en la construcción de los anhelables *elementos de convicción*, para alejar así cada vez más la posibilidad del razonamiento judicial sobre si la captura o la aprehensión de un ciudadano –presupuesto

¹²¹ La excusa de eficiencia por falta de tiempo en la figura de la detención no es sólo asumida por los agentes fiscales del Azuay, también es repetida en los demás distritos fiscales del país. “Se debe reformar la Constitución, porque todos los días es violada en nuestro país, en veinticuatro horas es imposible que a una persona se la investigue y se determine si se va a dictar una instrucción fiscal en su contra. Debe ser un plazo real, de setenta y dos horas...” Ver *La Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito, Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel y Usaid, Impresora Flores, 2003, p. 100

físico de la detención— fuere arbitraria o ilegal. En este radio de acción los agentes policiales interrogan apresuradamente a los detenidos para cumplir con el plazo constitucional, quienes contienen toda la criminalidad de un sujeto en un parte de policía o atestado¹²², el que se convierte en la *guía informativa* de la audiencia de calificación de flagrancia para el ejercicio profesional, tanto de la acusación como de la defensa.

Por otra parte, a pocos minutos de realizarse la audiencia, la defensa se prepara para revisar “a ojo de buen cubero” lo redactado por los agentes policiales, teniendo en muchos casos que solicitar al juez un par de minutos para informarse recién del caso, y de esta manera, preparar en segundos una “buena estrategia” de defensa. En este sentido, los defensores públicos y de oficio del Azuay nos manifestaron que el tiempo con que cuentan para la preparación de la defensa es muy limitado, debido a la desproporcionalidad asumida frente a los casos que manejan, dentro de una población carcelaria que los supera matemática y geométricamente. “Francisco”, abogado de oficio del Consultorio Jurídico de la Universidad Católica nos contó que:

“El tiempo es demasiado corto. No se puede hacer casi nada. En 24 horas tienes que tratar al menos de conseguir las partidas de nacimiento de los hijos o un certificado de trabajo del detenido para que los jueces no dispongan la prisión preventiva” (Entrevista confidencial: Cuenca, 20/09/07)

No hemos observado ninguna actitud dilatoria por parte de las agencias judiciales, tampoco de la policía judicial y de la fiscalía, a más de que algunos de estos dos últimos entes tengan que a *regaña dientes* simplificar su investigación a 24 horas. Tampoco hemos percibido dilaciones indebidas por parte de la defensa o del sospechado¹²³. Lo contrario

¹²² Como señalamos anteriormente, de esta investigación se desprende que el “parte policial” es redactado sobre la base de torturas, incriminaciones e indefensiones como consecuencia de la inasistencia o ausencia del abogado defensor. Ver Anexo 2, Gráficos 5 y 7; y, Anexo 1, Gráfico 4. Además ver Gráfico 1 de este capítulo.

¹²³ Resaltar el rol que cumplen los defensores para que sus conductas no sean consideradas como dilatorias es clave en el debido proceso. Lo adverso a ello es el hecho de contar con trabas procesales que impidan el ejercicio de la defensa técnica a tiempo, tanto para el estudio del caso como para la preparación de una buena estrategia. En este sentido es impresionante resaltar el caso de *Abdala Ocalan*, un guerrillero turco apresado en la Embajada de Grecia en Kenia y deportado luego a Turquía, en un proceso que causó la alarma de todo el mundo, pues se violaron los artículos 3, 5 y 6 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos, donde

sería absurdamente cometer un autoatentado a su propia garantía de plazo razonable, la que permite resolver el problema de la detención con celeridad, evitando posiblemente que se repita sobre el detenido el mismo sol dos veces.

El tiempo como garantía juega favorablemente en el acto de trasladar o llevar –ser presentado– al detenido, del Centro de Detención Provisional al juzgado. Pero, irónicamente, lo desfavorece para su defensa, la que no realiza un rol plenamente efectivo, mientras que el Estado –que cuenta con agentes fiscales, policías judiciales, peritos, médicos legistas, etc. – actúa con todas las ventajas en la audiencia, la que no sólo debería calificar la flagrancia, sino también, el contradictorio, la acusación y la defensa.

Al no haber *igualdad de armas* el menoscabo material en sus derechos como detenidos los conduce, lamentablemente, a presenciar con su cuerpo un acto de transformación o cambio de su estatus jurídico y de poderes, de detenido a prisionizado y de ejecutivo a judicial. La libertad personal es vista como el pequeño instante de un recreo escolar, trasladándolo al detenido en un patrullero hacia el juzgado y, devolviéndolo cabizbajo en el mismo vehículo a una celda mucho mayor: “La Grande”.

Albanese sostiene que: “1. No fue llevado ‘sin dilación’ ante un juez durante los primeros siete días que estuvo detenido; 2. El Tribunal ante el que se llevó a cabo la mayor parte del proceso estaba compuesto por un militar y dos civiles; 3. El acusado no fué asistido por sus abogados durante el interrogatorio; 4. No se pudo comunicar a solas con sus abogados, no se respetó el principio de confidencialidad; 5. Los abogados tuvieron un acceso tardío al expediente, debieron leer 17.000 páginas en quince días; 6. Hubo una restricción en el número de visitas de sus abogados” Op. cit. Susana Albanese, *Garantías ...*, p. 75

La desnudez del garantismo en El Oro



Foto 4: Centro de Rehabilitación Social de varones de Machala
Calles: 9 de Mayo y Manuel Estormba, 03/10/07

Ser oído y ser defendido

“La defensa se manifiesta primariamente en el derecho al proceso como presupuesto de la pena, en el cual el perseguido pueda intervenir con amplitud suficiente para hacer valer sus intereses jurídicos emanados del principio de libertad”

Jorge A. Clariá Olmedo¹²⁴

Los agentes de policía del distrito carcelario de Machala asumen la misma posición del distrito anterior, en cuanto a la presentación de sus datos generales al momento de arrestar a una persona. Los detenidos nos contaron –en un 100%– que los agentes *no se identificaron* en el momento de su aprehensión; y, en un 93% que ni siquiera les

¹²⁴ Ver Jorge A. Clariá Olmedo, *Uniformidad procesal en América Latina*, ponencia de las V Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal, Bogotá, Junio de 1970, citado por Hernando Londoño Jiménez, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Editorial Temis, 2da. ed., 1983, p. 44

mencionaron de sus garantías o derechos¹²⁵, como el de ser asistido por un defensor, no autoincriminarse y tener comunicación¹²⁶.

Las personas detenidas son conducidas a las celdas del Centro de Detención Provisional ubicado a un costado de la “cárcel grande”, al margen del aeropuerto “Gral. Manuel Serrano” de esta ciudad. Es por esta circunstancia que, “*ver los aviones*” –en la jerga policiaca y judicial machaleña– equivale a estar detenido. Además, los detenidos del Centro de Rehabilitación Social de Machala, aunque cuenten con una infraestructura mínimamente superior en referencia a la de Cuenca¹²⁷, se encuentran en las mismas condiciones de hacinamiento, precariedad y mezcla, sin ninguna posibilidad de distingo con respecto a los internos condenados, conviviendo además bajo un visible clima de violencia.

A este problema se suma la falta de promoción de comunicación, por parte de la fuerza pública, al momento de privarse de la libertad a las personas dentro de las 24 horas. A un 69% de los encuestados no se les facilita comunicarse con sus familiares o allegados, en consecuencia, son asilados totalmente del mundo exterior sin posibilidades de contacto¹²⁸. Además, de la población de detenidos a los que se les permitió o facilitó comunicarse, esto es a un 79%, se les restringió u obstaculizó el derecho a ser visitados, pues a diferencia de Cuenca –donde todos los días pueden los detenidos ver a sus familiares–, en Machala sólo

¹²⁵ Ver Anexo 4, Gráfico 1.

¹²⁶ Aunque su naturaleza no preceda de delito flagrante alguno, el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador* representa un grave antecedente a la violación de los derechos a ser informados, ser comunicados y ser defendidos eficientemente –en su conjunto ser oído y defendido. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la Sentencia del 21 de Noviembre de 2007, determinó que se trasgredieron estas garantías en un cautiverio sin comunicación por más de cinco días, pese a existir estándares constitucionales que lo impedían.

¹²⁷ Ver Anexo 6, Foto 1

¹²⁸ “*Prontamente después de su arresto...la persona detenida o presa tendrá derecho a notificar...a su familia o a cualquier persona idónea que él designe, su arresto, detención...*”. Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, Principio 16.1. Ver Anexo 4, Gráfico 3. Recordemos que la Resolución Suprema No. 114-92-Jus del Perú impuso un régimen de visitas controladas, filmadas y restringidas a una sola vez al mes para los internos investigados por delito de terrorismo. Implantó además la figura del “aislamiento celular” para los líderes de Sendero Luminoso y MRTA, quienes no tienen el derecho a ser visitados. Ver “Reglamento del régimen de visitas a los internos por delito de terrorismo”, en *Nueva Legislación del Terrorismo*, Lima, Editorial Berrío, 2004, pp. 143-144

se les permite el derecho a las visitas por tres veces a la semana, esto es, durante los días miércoles, sábados y domingos¹²⁹.

La garantía de prohibición de autoincriminación es vulnerada con superioridad en este distrito en referencia a Cuenca. Un 59% de los encuestados nos contaron que fueron obligados a declarar –en el interrogatorio inicial– en contra de si mismos, algunas veces con la “promesa” de los agentes de policía para promover su liberación, y otras veces, coaccionados con métodos aberrantes a través de insultos, bofetadas y puntapiés¹³⁰. “José”, uno de los detenidos nos dijo que:

“No nos ayuda nadie. Estamos abandonados, y encima, complicados hasta las patas en los juicios, sin ninguna razón”

Nos causó impresión saber que el *derecho a la defensa técnica y gratuita* no existe. Los detenidos –en su mayoría de escasos recursos económicos– no cuentan con dinero para costearse un abogado particular que asuma su defensa. En El Oro *no existen defensores gratuitos* que se ocupen de visitar las cárceles y asistir técnicamente a las personas privadas de su libertad. Los únicos “defensores” que acuden a la cárcel son voluntarios pastores religiosos, que los visitan de vez en cuando los sábados en la mañana para leerles algunos versículos de la Biblia.

Los dos únicos abogados de la cárcel de Machala, una mezcla de “asesores administrativos” del centro carcelario y otra de “abogados gratuitos”, pasan casi todo el día en su oficina, asistiéndonos la duda sobre su verdadero rol, pues sobre todo nos interesaba saber: ¿en qué momento ejercen la defensa de los detenidos? Uno de ellos, “Francisco” nos supo manifestar que:

“Es imposible realizar la defensa gratuita a los detenidos. Eso trae gastos de movilización, fotocopias, etc., que no estamos dispuestos afrontarlos. Son ellos –refiriéndose a los internos– los que tienen que darnos al menos para las copias” (Entrevista confidencial: Machala, 4/10/07)

¹²⁹ Ver Anexo 6, Foto 3

¹³⁰ Ver Anexo 4, Gráfico 4

En Machala nos encontramos con detenidos de dos, cinco y ocho meses en indefensión, es decir, sin contar con un abogado que contribuya a resolver judicialmente el problema de la privación de su libertad. Los únicos defensores que pululan de vez en cuando en este centro carcelario son los defensores privados; mientras el 59% de los detenidos no cuenta con ninguno¹³¹. Indudablemente, la sustentación de esta garantía –como obligación de mantenerla por parte del Estado– se mide también en términos pecuniarios, demostrando que los derechos civiles y políticos pueden ser más costosos que los derechos económicos, sociales y culturales¹³². “Mario”, un detenido oriundo de la provincia de Loja en los albores de la tercera edad señaló lo siguiente:

“Llevo más de cinco meses, no tengo abogado y nadie se preocupa por mi. No se si usted –refiriéndose a nosotros– puede ayudarme. Mi familia está en Loja, creo que ni saben que estoy detenido. No puedo comunicarme con ellos porque viven lejos, en el campo. Ayúdeme por favor!”

La falta de defensores públicos y de oficio hace que la detención en Machala quede a merced del Estado, dando rienda suelta a un interrogatorio que en absoluto le brinda al detenido la seguridad de no autoincriminarse. El 61% de los interrogatorios se lo realiza en presencia sólo de la policía judicial, según las personas encuestadas¹³³. Por otra parte, las informaciones o declaraciones obtenidas de los detenidos por los agentes de la policía judicial, una vez aprehendidos o capturados –según los encuestados–, son recabadas mediante el sometimiento a algunos maltratos¹³⁴. El 51% de los encuestados sostuvieron

¹³¹ Ver Anexo 5, Gráfico 6. Recordemos, nuevamente, que el Estado ecuatoriano fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos por vulnerar éste estándar en el caso *Suárez Rosero*. Durante más de 36 días de detención no se le proveyó al reo de un abogado defensor, el mismo que al actuar después de ese tiempo no contó con la debida confidencialidad para el tratamiento de su defensa.

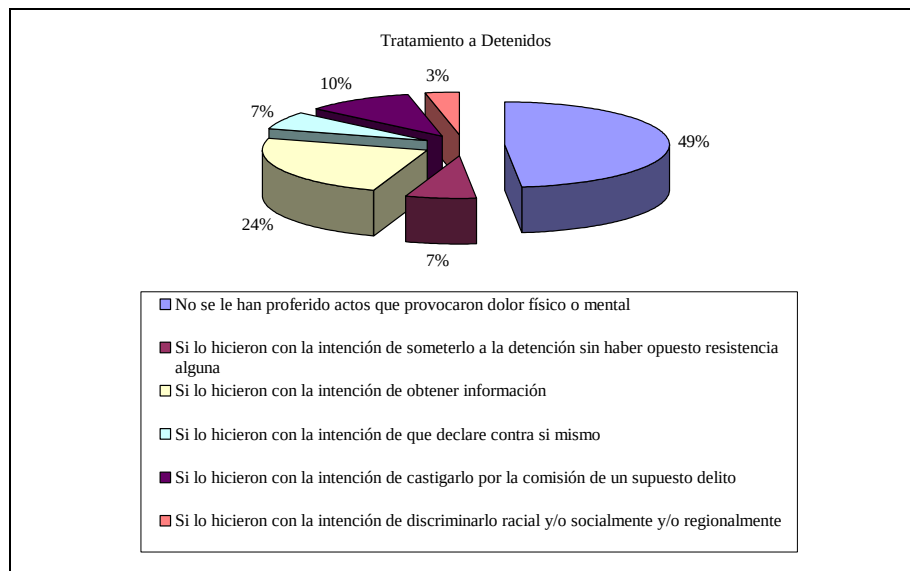
¹³² Ver Roberto Berizzonze, *El Costo del Proceso: como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia*, Jurisprudencia Argentina, 1995, Tomo I, pp. 995 y ss. Op. cit., Susana Albanese, *Garantías...*, p. 42.

¹³³ Ver Anexo 5, Gráfico 5

¹³⁴ “...se entenderá como tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin...”. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Art. 2

que fueron agredidos con total impunidad y la vista de todos, tal como lo vemos del gráfico No. 2:

Gráfico No. 2



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

- Un 7% de los detenidos dijeron que fueron golpeados y forzados al arresto, desde la captura hasta el abordaje a los patrulleros de la policía;
- Un 24% manifestaron que sufrieron maltratos, por parte de los agentes que realizaron su captura, teniendo que soportar insultos y golpes con la finalidad de obtener datos e informaciones sobre la existencia de más personas involucradas en el supuesto delito; y, sobre la concurrencia de su participación en otros hechos delictivos, distintos a los del momento de la aprehensión;
- Un 7% de los encuestados expresaron que fueron maltratados físicamente por agentes de la policía en el interrogatorio, con la finalidad de que se declaren culpables, promoviendo su autoincriminación;

- d) Un 10% de los detenidos nos contaron que fueron agredidos por los agentes de la policía, “sencillamente”, porque les parecían culpables; y,
- e) Un 3% nos contó que fueron maltratados por la fuerza pública con el objeto de discriminarlos racial y regionalmente.

Foucault decía que: “*El cuerpo varias veces suplicado garantiza la síntesis de la realidad de los hechos y de la verdad de la instrucción, de los actos de procedimiento y del discurso criminal, del crimen y castigo*”¹³⁵. Tal como apreciamos, en un 31% de los detenidos en El Oro se busca una declaración forzada, sea a través de la obtención coaccionada de información o de su autoincriminación.

Los detenidos que sufrieron maltratos proferidos por la policía judicial expresaron, unánimemente, que no obtuvieron a posteriori una revisión o asistencia médica. Recordemos que el Ecuador fue llamado al “banquillo de los acusados” en el sistema interamericano por transgredir con la garantía de asistencia médica en dos casos relevantes: uno de ellos es el *caso Tibi*, donde el Estado no le proporcionó tratamiento médico al señor Daniel Tibi, después de probarse que tenía heridas y traumatismos; y otro, es el *caso Víctor Rosario Congo c. Ecuador*, donde el Estado no prestó la asistencia médica y psicológica a una persona detenida y en calidad de enferma¹³⁶. En todo caso, lo lamentable en este distrito ha sido la permisibilidad de los operadores de justicia, pues en Machala nos encontramos con detenidos de varios meses sin contar aún con un abogado que asuma su defensa.

¹³⁵ Ver Michel Foucault, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 28ava. ed., 1998, p. 52, Además la confesión siempre se ha reducido al castigo en la carne, en el cuerpo, pues el cuerpo es en sí un examen de verdad. Ver, Michel Foucault, *Los Anormales*, Madrid, Ediciones Akal, 200, pp.185 y 186

¹³⁶ Ver Corte Interamericana de Derechos Humanos: *caso Tibi*, del 7 de Septiembre de 2004; y, *caso Víctor Rosario Congo*, del 13 de Abril de 1999.

Ser oído y ser presentado

“El cuerpo sólo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido”
Michel Foucault¹³⁷

La actividad jurisdiccional en El Oro está supeditada a mirar los derechos de los detenidos de la Constitución Política hacia abajo. Las normas de ordenamiento procesal penal tienen más vigor que las garantías de protección ubicadas en el derecho internacional de los derechos humanos. Los derechos de las personas privadas de su libertad tienen entonces rango de reglas, mas no de principios.

Sin lugar a duda, la única forma que *comparece* un detenido ante un juez en Machala es a través de un expediente. Su cuerpo y su presencia se reencarnan en las fojas de un proceso penal para formar la cola sobre el escritorio de una autoridad que, ontológicamente, debería garantizar sus derechos.

Pese a que una de las características del delito flagrante –en cuanto a las garantías de los detenidos– es la inmediatez de su comparecencia ante el juez¹³⁸, en Machala, el principio de *ser presentado en un plazo razonable* pasa desapercibido. No se califica la flagrancia ni la sospechabilidad del detenido. Las 24 horas son un día más para el cómputo de otra medida cautelar, distinta a la de la detención: la prisión preventiva. No se distingue la frontera entre la detención –dentro de ella a la aprehensión– y la prisión preventiva. El rol de un *juez de garantías* se relega entonces al papel de *juez penal*.

Se viola el contradictorio al no permitir que las partes se encuentren y debatan la detención en una audiencia, invirtiéndose para el detenido su situación jurídica de inocente a culpable. Se soslayan sus garantías, pues los detenidos encuestados nos manifestaron que

¹³⁷ Op. cit., Michel Foucault, *Vigilar y...*, p. 33

¹³⁸ “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez...”. Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 7.5

nunca habían visto ni conocieron en persona a sus jueces dentro de las 24 horas¹³⁹.

“Enrique”, uno de los detenidos dijo que:

“Al juez que me dice usted no lo he visto ni en pintura. Tal vez lo conoceré en esas audiencias donde vá el fiscal –refiriéndose a la audiencia preliminar–, pues llevo más de dos meses por robarle a un pelado un televisor de catorce pulgadas”

Carranza Piña sostiene que: “...la necesidad de seguir manteniendo a una persona en régimen de detención administrativa debe ser objeto de examen frecuente y periódico...”¹⁴⁰. Al ser ineficaz esta garantía en El Oro se está promoviendo a que, tácitamente, la detención se prolongue hasta la audiencia preliminar, momento donde sí acude el juez en mandato los Arts. 228 y siguientes del Código de Procedimiento Penal¹⁴¹, en detrimento del art. 24.6 de la Constitución Política del Estado.

El ser presentado en Machala es un mito. El ministerio público saca provecho de esta deficiencia para prolongar sus “investigaciones” sobre la marcha del ocultamiento del detenido, pues el 93% de los encuestados sostuvieron que nunca fueron visitados por un fiscal durante su detención¹⁴². Al ser la indagación previa de carácter reservada, se le permite experimentar al ministerio público con todo tipo de averiguaciones policiales y fiscales, contando con la seguridad de que su preso –o presa– esté encerrada para evitar que su eficiencia se vea cuestionada por la exacerbación de la víctima u ofendido –o medios de comunicación. La fiscal “Ruth” decía que:

¹³⁹ Es al transcurrir de más de cuatro meses de encierro –en el “mejor” de los casos–, cuando sin saber que pesa sobre los detenidos una medida cautelar de prisión preventiva y ya no una de detención, que son llevados a apenas diez metros de sus rejas, en el patio de entrada del Centro de Rehabilitación Social, para presenciar las *audiencias preliminares* en improvisadas carpas instaladas en el mismo centro carcelario. Su comparecencia no es para *ser presentado*, sino para *ser presenciado* en un momento que necesariamente las autoridades tienen que evacuar, para cumplir con los plazos y el impulso procesal penal, tratándolos como un objeto que con la garantía de su cuerpo cambia la velocidad del proceso penal.

¹⁴⁰ Ver Jorge Eduardo Carranza Piña, *La libertad y la detención preventiva: en el derecho penal y los tratados internacionales*, Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2002, pp. 216 y 217.

¹⁴¹ Art. 228 Código de Procedimiento Penal: “Dentro de los diez días posteriores a la notificación con el dictamen Fiscal, el juez convocará a las partes a la audiencia preliminar, la misma que se realizará dentro de un plazo no menor de 10 días ni mayor de 20, a contarse desde la fecha de la convocatoria”. Art. 229: “En el día y hora señalados, el juez declarará instalada la audiencia y dispondrá que se escuche al imputado, al Fiscal y al acusador particular...”

¹⁴² Ver Anexo 5, Gráfico 7

“La verdad no nos alcanzamos. Por supuesto que el ofendido no tiene que desaparecerse, por el contrario, tiene que coadyuvar al impulso del proceso al menos viniendo por acá –refiriéndose a las oficinas del ministerio público de El Oro.” (Entrevista confidencial: Machala, 4/10/07)



Foto 5: Ingreso central a Pabellón de detenidos (varones y mujeres)
Centro de Rehabilitación Social de Machala, 04/10/07

La detención puede ser el instante perfecto para que la policía judicial convierta a las personas privadas de su libertad en estrellas de cine. En efecto, los agentes de la Policía Judicial de El Oro nunca trasladan a los detenidos ante sus jueces naturales, por el contrario, han tomado la iniciativa de presentarlos ante los medios de comunicación, obligándolos a vestir como prisioneros –con ropas fosforescentes– para evitar su fuga o evasión¹⁴³, y demostrar ante las cámaras todo su poder de disuasión contra el “crimen”. Recordemos que, en los principales medios de comunicación del país, la provincia de El Oro ocupa un lugar privilegiado en las secciones de “crónica roja”.

Éste es el único instante en que un detenido en Machala aparece públicamente –ante la “opinión pública”–, en el marco de la detención policial, donde la vergüenza, el pudor y la

¹⁴³ Reaparece la *picota pública* en los tribunales y juzgados humillando al detenido al imponerle vestirse como prisionero, cuando lo que hacen es publicitar la amarilla y despiadada atención social en violación flagrante del principio de presunción de inocencia. A los detenidos en el Perú acusados por terrorismo se les obliga usar la “vestimenta cebra”, que determina un meta-mensaje de extrema peligrosidad e inmediato aislamiento social.

intimidad son exacerbadas al extremo de propiciar en el detenido su propio ocultamiento y la desaparición de su rostro por debajo de su fosforescente camiseta. No obstante, si algún agente de camuflaje toma de los cabellos al detenido para enseñar –ante las cámaras y flashes– su golpeado rostro, producto de su “alta peligrosidad” y su eficiente disuasión policiva-institucional

No sólo es juez sin rostro aquel que esconde su cara tras una capucha de verdugo o un vitral oscuro, también lo es aquel que se presenta ante el detenido por medio de un trozo de papel. Si los jueces no debaten la legalidad de la detención, da lo mismo que la persona desaparezca del proceso, o que el mismo proceso se encargue de desaparecerla.

Ser oído en un plazo razonable

“El cumplimiento de plazos razonables en los procesos coadyuva a la credibilidad de la administración de justicia por estar íntimamente vinculado con la eficacia del sistema”

Susana Albanese¹⁴⁴

La detención administrativa, policial o propiamente tal –aprehensión–, es excedida de su plazo razonable, confundiéndose con el plazo razonable de la prisión preventiva. Al ser la detención superada en el tiempo por la prisión preventiva los detenidos, silenciosa y desinformadamente, cambian su situación jurídica de sospechosos a imputados, sin ni siquiera darse cuenta en qué momento dejaron de ser lo primero. El 100% de los encuestados y encuestadas –detenidos por delito flagrante– manifestaron que no están enterados del distingo entre detención y prisión preventiva. En algunos procesos penales de los encuestados que no obtuvieron defensa, las solicitudes de prisión preventiva por parte de los fiscales sobrepasaban las 24 horas de detención.

¹⁴⁴ Op. cit., Susana Albanese, *Garantías...*, p. 110

Parte de la demora que se computa en este distrito para exceder en el tiempo a la detención se atribuye a la redacción del “parte policial”. La información sobre la existencia de un detenido está sujeta a una cadena de comunicación burocratizada cada vez más. Primero pasa por las manos de los funcionarios públicos orenses que dirigen y tutelan las investigaciones procesales y pre procesales. Se notifica primero con el parte al Jefe de la Policía Judicial de El Oro; posteriormente, se lleva esa notificación al Ministerio Público – como directores de la investigación criminal¹⁴⁵–; y, por último, pasa a reposar en uno de los escritorios de cualquiera de los cuatro juzgados penales de Machala.

El tiempo –para que llegue el parte policial al juez– depende de que tan ágil sea el agente de policía en su redacción, y de que tan veloz sea para llevarlo a sus superiores y a los demás sujetos procesales. Su velocidad dependerá de si hay parte interesada o no; de saber si el detenido lanzó señales de humo para que alguno de sus familiares pueda comparecer –o humillarse en la desesperada solicitud de información– frente a la caseta de ingreso del cuartel de policía; y, de otros “presupuestos” que vehiculizarían la lectura oportuna de este informe. En cualquiera de los casos, se debe contar con la asesoría de un abogado defensor, que también coadyuva a su tramitación. La detenida “Lorena” decía lo siguiente al respecto:

“Yo creo que todo está en “el parte”. Según como se muevan los familiares uno puede salir a tiempo. En mi caso no tenía padrino el primer día de mi detención...yo me enteré que el fiscal –por referirse al juez– recién conoció mi caso como a la semana”

Los policías judiciales y los agentes fiscales trabajan de la mano para la construcción de los elementos de convicción, que sustenten a su vez la imputabilidad de los detenidos en la comisión de un delito. Ni siquiera se discute la *sospechabilidad* de su flagrancia, se

¹⁴⁵ “Corresponde a los agentes fiscales los siguientes deberes y atribuciones: a) Conducir las indagaciones previas y la investigación procesal con el apoyo de la Policía Judicial”. Ley Orgánica del Ministerio Público, Art. 19

entra de lleno al proceso penal al decretar el inicio de una instrucción fiscal¹⁴⁶, es decir, bajo el presunto de *imputabilidad*. Si el detenido cuenta con un abogado defensor el fiscal acelerará su actividad, claro que para poner por delante del juez una solicitud de medida cautelar personal (copiar, cambiar de nombres y pegar). Recordemos que más del 59% de los detenidos en El Oro no cuenta con un abogado una para su defensa¹⁴⁷. El ministerio público oreño considera –a parte de los presupuestos del art. 167 del Código de Procedimiento Penal– la “alta peligrosidad” de los detenidos para solicitar la prisión preventiva. “Tania”, una agente fiscal de este distrito dijo que:

“No estoy muy a favor de la reducción de penas ni de la eliminación de figuras penales. Considero que las calles están llenas de sujetos peligrosos, que una vez aprehendidos hay que pensar más de dos veces para descartar una instrucción fiscal. Los requisitos del 167 no son suficientes, hay que estudiar entonces la peligrosidad del delincuente” (Entrevista confidencial: Machala, 4/10/07)

Quien dilata indebidamente la detención en primer lugar es el juez penal, al no resolver –en el lapso de 24 horas– su legalidad¹⁴⁸. También el fiscal, cuando acelera y desacelera su investigación por la presión o no de un interesado externo –acusador particular o abogado defensor. Sumamos también al retraso la sumisión jerárquica que tiene la policía judicial hacia el ministerio público. Debemos recordar que la detención policial o simplemente aprehensión es una figura eminentemente administrativo-policial que no implica que los policías coincidan con los plazos y la dinámica de los agentes fiscales – *fiscales-jueces*. Su obligación es cumplir con las garantías a que tienen derecho las personas privadas de su libertad, pues como policías, también se colocan en posición de

¹⁴⁶ “El Fiscal resolverá el inicio de la instrucción en cuanto considere que existen fundamentos suficientes para imputar a una persona participación en un hecho delictivo. Si como medida cautelar o por tratarse de un delito flagrante se hubiere privado de la libertad a alguna persona, el Fiscal deberá dictar la resolución de inicio de la instrucción dentro de las veinte y cuatro horas siguientes al momento de la aprehensión” Código de Procedimiento Penal, Art. 217

¹⁴⁷ Ver Anexo 5, Gráfico 6

¹⁴⁸ “[Los Países miembros de la Comunidad Andina] Prestarán atención a los siguientes temas prioritarios, con miras a garantizar los derechos humanos de las personas privadas de la libertad:...La aplicación del principio de celeridad procesal como prioritario en la administración de justicia y el juzgamiento y condena respetando los términos establecido por las legislaciones nacionales”. Carta Andina de Derechos Humanos, Art. 57.4

garante. Deben saber que la única autoridad competente para excarcelar a un detenido es un juez penal, al que diligentemente tienen que llevarlo antes de cumplir las 24 horas de su captura.

No nos compete hacer ahora un análisis sobre la efectividad de las garantías constitucionales de los prisionizados, es decir, de las personas privadas de su libertad bajo la figura de la prisión preventiva. Empero, al adentrarnos al fenómeno judicial oreño nos damos cuenta que, la detención y la prisión preventiva, se confunden procesalmente al ser tratadas de igual forma. La detención es percibida como presupuesto de la prisión preventiva, y dentro de ella, se prorroga inconstitucionalmente su duración a vista y paciencia de todos. Aquello es producto de una mecánica violación de garantías, donde sencillamente, si se violan los derechos como a ser defendido y ser presentado, se violan sistemáticamente todos los demás¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Tuvimos dificultad en acceder a los expedientes de los detenidos en El Oro, pues por ser en algunos casos de carácter reservado, el Ministerio Público no nos facilitó su chequeo, además, en algunos casos el personal auxiliar que trabaja en sus instalaciones no nos prestó colaboración .

Excursus: “Vivir para contarlo”

“Pienso en el caso de un perro guardián, criado con cariño, pero confinado desde que era cachorro tras una verja cerrada con llave. Cuando un buen día la verja queda abierta y el perro escapa, por poner un ejemplo, el mundo se le antoja tan vasto, tan extraño, tan lleno de visiones y olores turbadores, que empieza a gruñir a la primera criatura que se encuentra en su camino y se tira a su cuello, y a partir de ese momento se le tilda de peligroso y pasa el resto de sus días encadenado a un poste...”

J. M. Coetzee¹⁵⁰

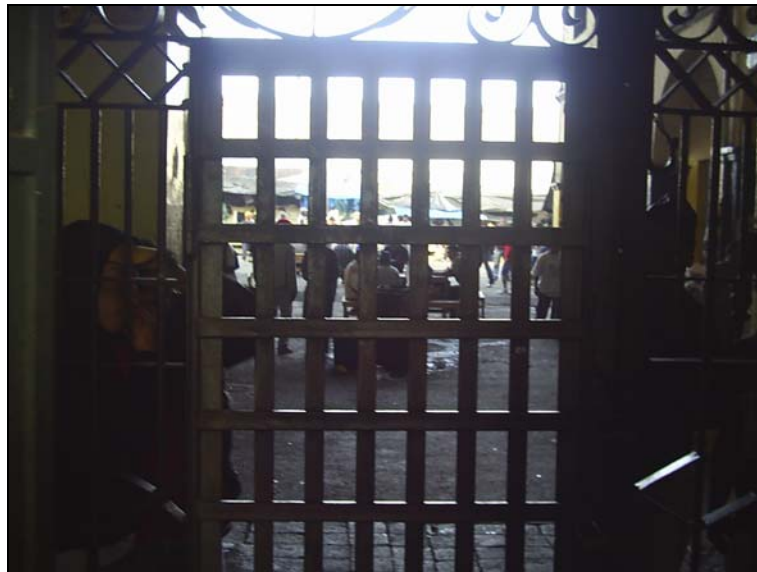


Foto 6: Puerta de ingreso Pabellón de Detenidos
Cárcel de Varones de Cuenca, 19/09/07

Atravesar una puerta de estas en calidad de detenido puede convertirnos en una materia perdida, tanto en tiempo como en el espacio. Es entrar a otra dimensión, a un lugar donde la vida y la integridad física se juegan como en una partida de pocker, en la que por azar, se lo puede perder todo. Mantenerse vivo es lo importante, no por cumplir con una orden judicial, sino por demostrarle a la historia que aún se escriben sus páginas desde la condición más humillante, dentro de un problema que la humanidad no ha querido aún

¹⁵⁰ Ver J. M. Coetzee, *Foe*, trad. al verso castellano por Alejandro Gracia Reyes, Barcelona, Mondadori, 2004, p. 78

resolver: la cárcel. Esta vez abordaremos la condición preexistente a las garantías de ser defendido y ser presentado en un plazo razonable: el *ser detenido*¹⁵¹.

Cuando visitamos las cárceles de Cuenca y Machala, aún sin todavía ingresar, escuchábamos gritos que decían: “*abogado regáleme una monedita*”. Sin duda se trataba de una estrategia de los detenidos para acercarnos tras sus rejas y pedirnos que contribuyéramos económicamente con unos centavos a su “causa”, muchas de ellas sin causa. Otras personas nos pedían que los ayudáramos a salir, aferrándose en un extraño u “otro” –nosotros– para firmar cualquier documento que les prometiera su excarcelación.

Lo más desesperante no es solo es el hecho de estar privados de la libertad, sino el estar en condiciones de hacinamiento, precariedad y corrupción. Nos llamó mucho la atención escuchar de un encuestado decir que no estaba detenido, sino que se encontraba “*empeñado*”. El *empeño* opera como un chantaje tolerado; es el *modus operandi* y *vivendi* dentro de las cárceles del país. Los prisionizados más audaces ofrecen “seguridad” a los recién llegados –novatos– a cambio de una suma de dinero que ellos mismos otorgan. Es un préstamo pagadero a intereses cuando un familiar asuma su cancelación. La cárcel reproduce la lógica de los bancos, solo que esta vez los cuerpos de los detenidos se constituyen en la prenda de los más audaces.

Quizá cada una de estas historias comience momentos antes de la aprehensión. La mayoría de los encuestados son maltratados al soportar puntapiés e insultos de acuerdo al ánimo de sus captores, que varía si el capturado es serrano o costeño, ecuatoriano o colombiano, adulto o adolescente, rico o pobre. Excepcionalmente, si se es de una posición social distinta, los agentes –capturadores– se convierten en guías turísticos para conducir al detenido a uno de los cuartos del Hospital de la Policía, pues los ricos siempre están

¹⁵¹ Al desgrabar las encuestas y entrevistas quisimos guardar un espacio en la presente investigación, asumiendo tal vez el espíritu de John Howard, aquel inglés que visitó las cárceles europeas para contarle a la sociedad la realidad de los prisionizados. Quizá este sea el motivo para reflexionar sobre la realidad de la detención en el Ecuador.

enfermos para la cárcel. Las personas que gozan de una posición social más alta no cometen delitos flagrantes, porque éstos están diseñados para los pobres.

El interrogatorio –sin presencia de abogado ni fiscal– se llena de suplicios en los cuartos de la Policía Judicial (PJ). Se maquillan con moretones los rostros de los detenidos, quienes son el trampolín a la fama de los policías frente a la prensa. Los cuerpos capturados aparecen como el hallazgo del siglo, pero a su vez son concebidos como los bichos más raros de la sociedad. La ciudadanía morbosa se convierte –gracias a un monitor– en la juzgadora de la abominable flagrancia delictual.

“Rocío” era una detenida encuestada que, en la mañana del 22 de Abril, salió de su casa al centro de la ciudad de Cuenca para realizar algunas compras de su almuerzo. De pronto, se percató en una parada de bus que junto a un señor de edad se encontraba en el suelo un teléfono celular, lo que motivó inmediatamente su deseo de tomarlo. El adulto, quien quiso también tomarlo, fue superado en la agachada por la joven. Pero lo que nunca esperaba estaba por comenzar.

Al ver perdida su oportunidad el adulto le gritó “ladrona”, motivo por el cual fue aprehendida por un par de policías que pasaban por el lugar. Ella colocó el teléfono nuevamente en el suelo, pero ya era tarde: el conglomerado la observaba como una anormal, como una delincuente. Sería entonces abordada a manotazos a un patrullero para ser imputada por robo y conminada a “vivir” en la cárcel de mujeres.

Allí abortó al pequeño que llevaba en su vientre. Su funeral se realizó en compañía de los guías carcelarios gracias a una indulgencia del señor director. Para el día de nuestra visita llevaba 5 meses de encierro, al tiempo que ella no se explicaba hasta hoy como un teléfono celular pudo destruirle su vida.

Ser detenido es sobrevivir fuera de la ley, es penar como fantasmas dentro del sistema penal. Nadie se preocupa por mejorar las condiciones de vida de los detenidos en las

cárceles, sencillamente porque la vida es una condición para estar allí, como prenda o como expediente procesal. A la cárcel van, generalmente, personas de los estratos sociales más pobres de la ciudad o del campo. Seres humanos que se comportan como espectadores frente a las actuaciones de personas extrañas a su naturaleza –como el juez o el fiscal–, totalmente ajenos a su realidad, a su mundo natural, a sus actividades diarias¹⁵².

La detención pasa desapercibida para el sistema penal. Su impulso se lo hace con el silencio de los detenidos, como consecuencia de lo acallado durante las primeras 24 horas de su detención: insultos, golpizas y demás vejámenes provenientes del *garrote vil* de la investigación policial. Violaciones a los derechos humanos que no llegarán a expresarse en una denuncia, porque seguramente no sólo están encerradas en los cuerpos de los detenidos, sino también en sus memorias...

¹⁵² La praxis de los abogados pasa muchas veces por imponerse, “representativamente”, como uno de los roles más formales y solemnes de la sociedad, causando su “admiración” y a la vez su “rechazo”, no solo por ciencia, sino por apariencia. Recordemos entonces la clásica frase de que “*por obra de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de la madera podrida...*”. Ver Alberto Calsamiglia, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Editorial Ariel, 3ra. ed., 1990, pp. 47-72

Algunas reflexiones conclusivas

“Es inicuo no sólo el juez obtuso que no sabe captar las connotaciones específicas del caso juzgado, sino también el que hace pesar su subjetividad en el juicio sin conseguir y quizá sin siquiera intentar desprenderse de ella para comprender la del imputado”

Luigi Ferrajoli¹⁵³

Concluir el estudio del presente trabajo no es tarea fácil. Nos permitiremos esbozar –tal como nos planteáramos al inicio– a manera de ensayos algunas consideraciones básicas en lo contentivo a los dos primeros capítulos, para encontrar posibles fallas en la agencia y en la estructura del sistema penal de la detención, entendiendo que nuestra investigación no se ha adscrito o comprometido con ciertas disciplinas de las ciencias penales; por el contrario, han sido éstas las que han coadyuvado, contextual y tributariamente, para un mejor análisis del tema. Nuestro compromiso ha sido, especialmente, con el objeto de investigación, por eso preferimos calificar a esta fase como reflexiva, sobre debates que fuimos generando a lo largo de la investigación, debates que apenas comienzan –realidad de las *garantías de los detenidos* en la administración de justicia penal ecuatoriana–, como una deuda con quienes quieren que se voz sea escuchada a través de este trabajo.

1.- *La percepción ciudadana de flagrancia.*–

La tarea del derecho penal –del legislador que crea las normas– es observar ciertos comportamientos que lesionen *bienes jurídicos penales* para, posteriormente, considerarlos como hechos punibles; aunque en la praxis aún no exista una definición que nos conduzca a diferenciar los que es –y lo que no es– un bien jurídico penal. Los *bienes jurídicos penales* serían entonces como los conceptos teóricos que usamos en las matemáticas, como

¹⁵³ Op. cit., Luigi Ferrajoli, *Derecho y ...*, p. 165

el valor cero que nadie puede explicar, pero que sirve, programáticamente, para la realización de otros conceptos como el uno o el tres.

Se cree que si los “bienes jurídicos penales” son vulnerados por comportamientos reprochables, típicamente establecidos, serán reprimidos gracias al *auxilio de la conciencia normativa social*¹⁵⁴. Bajo este paradigma parecería que toda la sociedad –*ciudadanía aprehensora*– está interesada en proteger los bienes jurídicos establecidos por el legislador, más aún, cuando su violación resulte, “palpablemente”, a la vista de todos, es decir, se constituya de manera *in fraganti*. Inmediatamente, el transgresor del bien jurídico es aprehendido para que sea procesado por el sistema penal.

Sin embargo, cuando la *ciudadanía aprehensora* reprocha la comisión de delitos flagrantes, no lo hace por preservar su convivencia o custodiar el interés público, sino, por defender los intereses de sus ciudadanos considerados *individualmente*. Con ello, decimos que su percepción es vista desde la individualidad, desde lo privado, como un poder reactivo para defender no el orden social, sino, la seguridad de sus bienes: en otras palabras la propiedad privada. Esta es la naturaleza que ha llevado a la dogmática penal a tipificar conductas bajo la sombra del *republicanismo*, aquella filosofía que posiblemente esconda en su seno una cruda y palpable forma de tipificar la exclusión social. Por un lado, bajo esta filosofía se plantea el ideal de promoción de la libertad; mientras por otro, se la autolimita con efectos negativos, convirtiendo a la detención en una válvula de escape del poder que defiende la estructura del Estado. Recordemos que, como señala Pettit: “*los procesos penales suelen aterrorizar al inocente no menos que al culpable, levantando un fantasma que induce pavor por doquier*”¹⁵⁵.

¹⁵⁴ Bacigalupo dice que la función de la pena es la prevención general positiva aseguradas por la reacción penal estatal. Ver Enrique Bacigalupo, *Derecho Penal. Parte General*, presentación y anotaciones de Percy García Caverro, Lima, Ara Editores, 1ra.ed., 2004, p.38

¹⁵⁵ Ver Philip Pettit, *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducido al verso castellano por Toni Doménech, Barcelona, Paidós, 1999, p. 204

La flagrancia percibida desde la ciudadanía –y estudiada por el Derecho Penal– se convierte en un arma de doble filo. El *estado de flagrancia*, es decir, el momento de comisión del delito no es perceptible a simple vista. Para su consumación o agotamiento el supuesto violador de la norma penal – “bien jurídico” – o *ciudadano aprehendido*, tiene que haber puesto término a su conducta¹⁵⁶. Por consiguiente, la flagrancia no es calificada por los *ciudadanos aprehensores*. Sus construcciones necesitan ser avaladas por el Estado y la fuerza pública, quienes en definitiva, reafirman su autoridad con el uso de la violencia legítima, pues toda violencia por fuera de este orden –incluida la aplicada por la *ciudadanía aprehensora*– deviene en ilegítima. Aparece entonces una “nueva ciudadanía” en el escenario de la flagrancia delictual, la llamada *ciudadanía de uniforme* o fuerza policial, con una actuación cuyo dilema se debate al momento de arrestar en flagrancia, pues no sabe a ciencia cierta si procede en detener a: ¿“delincuentes” reales o potenciales?

Quizá en este momento comience a fallar el sistema penal, pues si una persona supuestamente ha lesionado un bien jurídico, lo cual se traduce en el causamiento de un daño a una víctima, ¿por qué no se permite su reparación? El Estado debe garantizar la composición del daño en la relación delincuente-víctima, y no solo esperar que el aprehendido en flagrancia sea confiscado corporalmente –arrestarlo– para prisionizarlo, tal vez durante meses, provocando el olvido de la acción y la condena por bagatelas¹⁵⁷; pues recordemos que la mayoría de los encuestados –detenidos– están privados de su libertad por imputárseles la comisión de delitos contra la propiedad¹⁵⁸. Si cada detención por flagrancia tuviera un escenario inmediato de composición –sin que esto signifique

¹⁵⁶ Op. cit., Hernando Londoño Jiménez, *De la captura a la...*, p. 6

¹⁵⁷ Pettit plantea el reconocimiento, la recompensa y la renovación de las seguridades de la víctima. Además, la protección de la sociedad no está regulada sólo por medio de leyes penales, sino por reparación de daños y perjuicios, efectivizando de esta manera su real efecto: defender la seguridad en la propiedad. Op. cit., Philip Pettit, *Republicanism...*, pp. 206-208.

¹⁵⁸ Ver Anexo 2, Gráfico 8; y, Anexo 5, Gráfico 8.

reprochar la conducta—, sin duda, evitaríamos a la justicia el resolver conflictos de raigambre puramente domésticos.

No se trata de exacerbar las pasionalidad de la víctima, la que muchas veces se contagia a los demás miembros de la comunidad en los afamados “linchamientos”. La percepción de “proteger” al sospechado, para encerrarlo en un centro carcelario, quizá sea una forma de legitimación del derecho penal, tal como decía Dorado Montero al definir su función como el *derecho protector de los criminales*¹⁵⁹. Las cárceles cumplirían la función de cuidar a los delincuentes, pero: ¿acaso no corren más peligro los seres humanos al estar encerrados en una cárcel en las actuales condiciones? Se trata entonces de mirar a la detención reactivamente y no proactivamente, de lo contrario el garantismo cultivaría un “derecho penal máximo”.

2.- Buscando la oralidad de la detención en el sistema acusatorio.-

En el año 2000 el parlamento de nuestro país decidió reformar su procedimiento criminal, formando parte de los Estados que aplican a su administración de justicia penal el afamado *sistema acusatorio oral público*, para así promover la oralidad en los procesos¹⁶⁰. La adopción de este sistema —traído del mundo anglosajón— convirtió la actividad del ministerio público en más funcional, ensanchando su radio de acción y otorgándole poderes más amplios. Su axioma ahora es dirigir la investigación del delito para, de ser el caso, solicitar medias cautelares y condenas a personas que determine como imputables o culpables. Se separó la relación entre juez e investigación, por ende, entre juez y acusación, promoviendo el desarrollo del *contradictorio*, principio que le permite a las partes debatir los hechos para que en derecho se resuelva la incriminación. El contradictorio sería el

¹⁵⁹ Op. cit., Luis Jiménez de Asúa, *Lecciones de*, p. 1

¹⁶⁰ Esta fue la orden que envió la Constitución Política del Estado (1998) a la administración de justicia en su disposición transitoria vigésima séptima al establecer que: “La implantación del sistema oral se llevará a efecto en el plazo de cuatro años, para lo cual el Congreso Nacional reformará las leyes necesarias y la Función Judicial adecuará las dependencias e instalaciones para adaptarlas al nuevo sistema”

principio para estimular la oralidad, concentrar y enfrentar a las partes por delante de un juez. Pero, la solución de incriminación es la sustancia misma del sistema acusatorio, que ha elegido a un funcionario público para determinarla por medio de la confrontación oral y el debate.

Sin embargo, no existe un espacio en el procedimiento penal para debatir la legalidad de la detención y su posibilidad de exencionarla o transformarla en prisión preventiva. Sólo se dispone de dos audiencias: la audiencia *preliminar* y la audiencia de *juzgamiento*. Mientras en la Constitución Política del Estado se vigila a la detención con los derechos a ser defendido y presentado en un plazo razonable (Art. 24.6); en el Código de Procedimiento Penal se la subsume a la fase de indagación previa¹⁶¹, momento procesal donde más pelagra la efectividad de los derechos de los detenidos. Nuestra legislación asume a esta fase con el carácter de *reservada*, sacrificando el *derecho a no declarar sin presencia de un abogado*, pues recordemos que en Azuay y El Oro más de 60% de los encuestados manifestaron haber sido interrogados sin la presencia de un defensor¹⁶².

La detención no es una instancia de reflexión de sospechabilidad, es el preámbulo de la prisión preventiva. La mayoría de los fiscales desestiman el plazo de las 24 horas para realizar una investigación que permita evitar la solicitud de una medida cautelar. Por el

¹⁶¹ El Art. 215 del Código de Procedimiento Penal vigente instituye la figura de la Indagación Previa como fase ex ante, en algunos casos, a la Instrucción Fiscal, momento de mucha utilidad para construir la acusación por parte del Estado, la que se lleva de manera reservada para “salvaguardar” el principio de presunción de inocencia. Al respecto, Vaca Andrade señala que: “...Nos asalta el temor de que haciendo uso de esta disposición legal y facultad reconocida al Ministerio Público, eventualmente, los Fiscales reciban, recojan y utilicen en procesos penales “elementos” de prueba enviados de manera anónima y no siempre obtenidos siguiendo los procedimientos legales y respetando derechos constitucionales, como por ejemplo, cartas o denuncias “reservadas”, sin firmas de responsabilidad o con nombres falsos, o grabaciones de video o magnetofónicas, o conversaciones telefónicas, para lo cual no se obtuvo la autorización previa del Juez Penal...” Ver Ricardo Vaca Andrade, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, colección cátedra, No. 5, 2da. ed., 2000, p. 75. En consecuencia, este sería un dispositivo inconstitucional a la luz del Art. 24.5 de la Constitución Política del Estado que establece que: “Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado...Cualquier diligencia judicial, procesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria”.

¹⁶² Ver Anexo 2, Gráfico 5; y, Anexo 5, Gráfico 5

contrario, lo computan como el tiempo suficiente para redactar con holgura una instrucción fiscal, y dentro de ella, legalizar la privación de la libertad de una persona.

Paradójicamente, al no haber disposición en el ordenamiento procesal penal nacional que desarrolle el derecho a *ser presentado en un plazo razonable*, la administración de justicia del Azuay ha creado una instancia –para debatir la legalidad de la detención– a la que denominan audiencia *de calificación de flagrancia* –no audiencia de formulación de cargos. Sin embargo, la implantación de estas audiencias ha generado que algunos agentes de la policía judicial tomen los atajos del derecho. Los detenidos son maltratados para promover su autoincriminación –denotándose con mayor proporción que en El Oro¹⁶³– debido a la “presión temporal” de presentar al detenido con cargos o cargado de culpa. A ello se suma la falta de una ley de defensoría pública que impida la realización de los interrogatorios y de las audiencias en desigualdad de armas, con abogados capacitados para su defensa, dispuestos a construir las estrategias y teorías del caso con suficiente tiempo. Recordemos que el derecho a la defensa es el gran ausente en la oralidad del sistema penal, por falta de una Ley de Defensoría Pública que contribuya a la solución del hacinamiento e indefensión tolerada¹⁶⁴.

Aplicar el principio *de estricta legalidad* no significa restringir las garantías de los detenidos, sino limitar el poder punitivo cuando se pondere la libertad personal por medio de medidas cautelares. La argumentación del juez que decida ponderar la libertad personal debe regirse por los principios *pro homine* y *favor libertatis*¹⁶⁵. Detener para prisionizar sin

¹⁶³ Cotejar Gráficos 1 y 2 de los dos primeros capítulos.

¹⁶⁴ En otros dispositivos legales se promete el derecho a ser defendido, pero sin resultados materiales: Constitución Política (Art. 24.10), Código de Procedimiento Penal (Art. 74 y siguientes), Ley Orgánica de la Función Judicial (Art. 144); y, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo (Art. 11).

¹⁶⁵ La ponderación supone un ejercicio de proporcionalidad o razonamiento, lo óptimo para decidir judicialmente el privar de la libertad a una persona. No puede hacérselo con sólo subsumir la interpretación de las normas de procedimiento penal, debido a que su sacrificio excepciona principios constitucionales. Ver Carlos Gaviria, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, Colombia, Fondo Cultura Económica, 1era. ed., 2002, pp.59-71

ningún debate puede afectar su legitimidad, pues la credibilidad –y por ende su efectividad– del garantismo comienza por las actuaciones del poder judicial.

Los jueces penales azuayos han incentivado como pioneros a la administración de justicia nacional -y ahora a la de El Oro¹⁶⁶- a imitar su interpretación de la ley a través de la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos, aunque se escape de sus manos el problema del debilitamiento de la defensa. Si el código de procedimiento penal no garantiza *per se* los derechos de los detenidos habrá que buscar y crear escenarios que lo hagan. Esto nos siembra una duda, pues si se violan sistémicamente las garantías de los detenidos por la falta de un escenario en el procedimiento penal ecuatoriano, entonces: ¿por qué no considerar a esta ausencia de ley como injusta?

3.- *Hacia una hermenéutica –cultura jurídica– de Derechos Humanos.-*

Algunos autores –como Diego López– consideran que la recepción de la cultura jurídica positivista de Kelsen fue distorsionada de los sitios *de producción* a los *sitios de recepción* –la distorsión se presenta acá. Sin bien es una interesante tesis para observar el *viaje teórico*, no dice nada para determinar el *viaje pragmático*. No dudamos que al positivismo jurídico se lo haya distorsionado en algunos referentes fundamentales; no obstante, negar que su “cultura” –no su lectura– ha generado una hermenéutica distinta en el viaje de efectividad, sería como tomar una posición demasiado ingenua. Por obra de la recepción del *positivismo jurídico a-crítico* es que muchas veces las garantías constitucionales, culturalmente hablando, decayeron efectivamente. Han hecho del *garantismo* un discurso manejado con un debate teórico y ortodoxo –al igual que el positivismo–, y no pragmático y heterodoxo a la luz de la aplicación del positivismo que impera “criollamente” en los

¹⁶⁶ A partir del 8 de Diciembre se comenzaron a desarrollar las audiencias de la flagrancia delictual en El Oro. Ver web site: <http://www.diariocorreo.com.ec/archivo/2007/12/09/oralidad-empezo-a-aplicarse-en-denuncias/#respond>, visita: 09/12/07

operadores de justicia, pues sus resultados son exactamente los mismos que presenta la crítica en los lugares de recepción¹⁶⁷.

La lectura jurídica para la aplicación de las garantías de los detenidos no se debe al procedimiento penal, sino a la Constitución y a los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Para comenzar, nuestra Constitución Política (art. 24.6) señala que los detenidos en delito flagrantes serán llevados –*ser presentados*– en menos de 24 horas –*plazo razonable*– ante su juez natural para debatir –*ser defendido*– su estatus¹⁶⁸.

Aunque la aprehensión y la detención se distingan legalmente –mas no doctrinaria y jurídicamente– de la posibilidad de nacer de una orden judicial, en realidad, ambas son figuras de aplicación reactiva frente a la comisión de delitos flagrantes. Sólo tres jueces azuayos han decidido realizar –en su jurisdicción– una operación interpretativa de las garantías de las personas privadas de su libertad bajo la figura de la detención.

No obstante, el derecho a *ser defendido* es transgredido indirectamente en Azuay y abiertamente en El Oro. En las dos provincias los detenidos no son informados del por qué de su detención ni de las garantías a que tienen derecho¹⁶⁹. Los agentes policiales realizan el interrogatorio en ausencia de la defensa, promoviendo la autoincriminación y la declaración forzada de culpabilidad por medios poco transparentes, pues la mayoría de los detenidos en delito flagrante sostuvieron que fueron maltratados por la fuerza pública, sea al momento del arresto o al momento de su confesión. Asimismo, no existió –según los

¹⁶⁷ Es importante el análisis de López como una forma de reflexionar sobre el *viaje teórico* del positivismo hacia nuestro continente; sin embargo, cierta pedantería cultural-jurídico se devela de su retórica, cuando establece la diferencia entre *hermenéutica de los ricos* vs. *hermenéutica de los pobres* por decirlo así, como una forma de “reprochar” nuestro atraso cultural e ignorante frente a lo vasto de la cultura occidental. De ser así: ¿por qué entonces reproducimos los mismos vicios jurídicos de los occidentales?, lo cual nos conduce a otra reflexión de saber si: ¿será por inercia cultural latinoamericana o por colonización jurídica del positivismo occidental? Se trata entonces no solo de ver su producción, sino sus resultados. Ver Diego López, *Teoría Impura del Derecho*, Bogotá, Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, 3era. reimp., 2005, pp. 15-22

¹⁶⁸ La detención es observada por otras garantías constitucionales que forman parte de su bloque de constitucionalidad (art. 18), como: la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.7.5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 9.3) o el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión (Principio 37).

¹⁶⁹ 81% en Azuay y 93 % en El Oro. Ver Gráficos1 de Anexos 1 y 4

encuestados– ninguna revisión médica y sistemática después de los maltratos. Las cárceles de Cuenca y Machala además de ser focos de infección, debido a su alto grado de insalubridad en edificaciones totalmente precarias, son focos de violencia entre detenidos, y entre detenidos y guías carcelarios o agentes de la policía. Los encuestados –varones– nos supieron manifestar que cada vez que se realiza una “batida” son objeto de una variedad de vejámenes, como el ser expuestos a soportar puntapiés, culatazos de armas de fuego y hasta escupitajos.

El *ser presentado* también sufre graves consecuencias en los derechos humanos de los detenidos en El Oro. La presencia de los detenidos no es tomada en cuenta por los operadores de justicia, ni siquiera por el ministerio público que es el encargado de dirigir las investigaciones. Sólo comparecen a través de la audiencia preliminar, momento donde la medida cautelar se ha transformado. El *plazo razonable* es un tiempo computable sólo de lunes a viernes. Aunque existan juzgados de turno, los agentes del ministerio público orense, en la mayoría de casos, no comparecen personalmente a entrevistarse con los detenidos. Su preocupación está marcada por si un detenido presenta un *habeas corpus* debido a la prórroga de la duración de la detención, momento en que prefieren solicitar la medida cautelar personal de detención a prisión preventiva.

La cultura jurídica de derechos humanos aún es incipiente. Los operadores de justicia de Machala están más familiarizados con el Código de Procedimiento Penal que con la Constitución Política del Estado y los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos. Su administración de justicia no actúa frente a la indefensión, ocultamiento y prolongación del encierro en el detenido. Con ello se vulnera el principio esencial que a su vez hace efectivo los demás derechos humanos: la *dignidad humana*¹⁷⁰.

¹⁷⁰ Cabe destacar que todas las culturas –pluralidad cultural– poseen concepciones distintas de dignidad humana. Ver Boaventura de Sousa Santos, “Las tensiones de la modernidad”, en Manuel Monereo y Miguel Riera (edit.) *Foro Social Mundial: Porto Alegre Otro Mundo es Posible*, España, El Viejo Topo, 2da. ed., 2001, pp. 176-177

De ahí se desprende el carácter humanista con que debe interpretarse todo el ordenamiento jurídico, pues el ser humano es el eje, el centro y la razón del Estado¹⁷¹.

4.- *El poder y los apoderados de la detención.-*

Sin lugar a duda, al estudiar los estándares de ser defendido, ser presentado y plazo razonable nos referimos también a su relación con el *poder*, dentro de una triada a la que Foucault llamaba *poder, derecho y verdad*¹⁷². Se trata de estudiar a la detención en su circulación por los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, que a su vez actúan en los fenómenos de prisionización en la sociedad, ineficacia del principio de presunción de inocencia y construcción de la política criminal a través de mass medias.

El sistema penal ha sentado sus bases bajo el presupuesto de ficticias dicotomías que condujeron a la sociedad a manejarse con lógicas aparentemente opuestas: buenos y malos, católicos y herejes, *amigos y enemigos*, ciudadanos y delincuentes. Esta lógica schmittiana¹⁷³, propia el nazi-fascismo de la Segunda Guerra Mundial –muy usada en la ciencia política contemporánea–, es reproducida por los sectores dominantes de la sociedad para criminalizar la pobreza, pues el *ejército de detenidos* generalmente proviene de las esferas más abandonadas del Estado, a la que ciertos sectores de la sociedad las catalogan como “marginales”¹⁷⁴.

Ello es notoriamente palpable cuando constatamos que, la gran mayoría de las personas privadas de su libertad emergen de los barrios suburbanos y periféricos de la ciudad y de la

¹⁷¹ Op. cit., Mariano R. La Rosa, *Exención de prisión y...*, pp. 195-200. Parecería entonces que la administración de justicia de El Oro ha olvidado –o no toma en cuenta– que el Estado ecuatoriano ha sido sancionado algunas veces por transgredir algunos de estos principios, como en los casos Víctor Rosario Congo, Suarez Rosero o Tibi, lo que sin duda debe conducirnos a una reflexión mayor, pues nuestro país yace en el prontuario internacional de los derechos humanos.

¹⁷² Ver Michel Foucault, *Defender la sociedad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2000, clase del 14 de Enero de 1976, pp. 33-47

¹⁷³ Para Schmitt: “...la específica distinción política a la cual es posible referir las acciones y los motivos políticos es la distinción de amigo y enemigo”. Ver Carl Schmitt, *El concepto de lo político*, México, Ediciones Folios, 1985, p. 23

¹⁷⁴ Ver Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 170

ruralidad del Azuay y El Oro, con escasas posibilidades de trabajo y manutención familiar. Imputados por robar un celular o una bicicleta, el poder judicial los prisioniza para defender la seguridad de quienes, irónicamente, generan miseria para luego abrazar mendigos; de quienes han sobredimensionado los conceptos de *seguridad ciudadana* para establecer el instituto del *orden urbano* por encima de los derechos de las persona.

Ser defendido sería una herejía bajo esta lógica dicotómica de percepción de fuerzas sociales. El derecho a la información es una atribución del Estado –poder– cuyo escenario se presenta en el interrogatorio, momento preciso para buscar la verdad a través de una confesión¹⁷⁵. Mientras con mayor silencio y clandestinidad se practique la investigación penal, más efectivos son sus resultados para el Estado, pues la evasión del imputado –o la confusión en la obtención de pruebas– obstaculizarían su función de producir justicia. A ello se suma la policialización de la sociedad con funcionarios facultados, exclusivamente, para ejercer violencia contra los miembros de ella. De ahí que no es nada extraño que el interrogatorio se realice con inferencias de maltratos y vejámenes contra el detenido. Lo más importante para el Estado es obtener la “verdad”, así cueste sacrificar al propio indiciado, pues en el momento que lo asimiló como sospechoso, también lo ingreso al otro bando de la dicotomía ciudadano/delincuente.

Así se explica el robustecimiento de la empresa acusatoria –ministerio público– en detrimento de la defensa. Los agentes fiscales son impulsados por los medios de comunicación a “perseguir al crimen”. Lo son también algunos legisladores del Congreso Nacional, cuando para satisfacer el “deseo” de la sociedad civil –o deseo de los medios– de *seguridad*, tipifican cualquier hecho como conducta punible, para así incluir los delitos del siglo XXI dentro de un Código Penal que data irreformablemente de 1938.

¹⁷⁵ Foucault dice que: “...el poder nos obliga a producir la verdad, dado que la exige y la necesita para funcionar...” Op. cit. Michel Foucault, *Defender...*, p.34

El *ser presentado* se traduce en el derecho de la prensa para conocer a *los anormales*. Los noticieros califican la culpabilidad de los enfocados y los espectadores los juzgan –o prejuzgan– desde sus domicilios; mientras por otra parte, los agentes de la policía judicial ridiculizan a los detenidos, para con vestimenta fosforescente, presentarlos ante la comunidad, como ejemplo de su eficiencia en la defensa de la sociedad. Reaparece la *picota pública*¹⁷⁶ de los miasmas de la historia al no bastarle que un detenido sufra la humillación de ser privado de su libertad, pues ser detenido, en la jerga de la prensa, equivale a ser delincuente.

La fórmula de *plazo razonable* es relegada al olvido por los operadores de justicia. Si el poder no se ha convencido de su inocencia, el detenido no podrá ser liberado. Esto es plenamente verificable cuando los detenidos en el Ecuador tienen que recabar y presentar los *antecedentes penales* de todas las cárceles, juzgados y tribunales penales de la jurisdicción para “probar” su inocencia, cuando todos sabemos que el Estado posee esa información. Con ello queda claro que, para la praxis policial y judicial, la inocencia es realmente una presunción y no un estatus garantista.

5.- *Detención: ¿un sistema penal sin un sistema de garantías?.-*

Si bien es cierto que la ineficacia de las garantías de los detenidos deviene, en gran medida, de un estricto apego interpretativo a la ley procesal penal por parte de los jueces – en distancia con la constitución y el derecho internacional de los derechos humanos– tampoco podemos descartar que su falla pueda observarse en el sistema penal. No tratamos de resolver el problema de toda la administración de justicia; sin embargo que podemos considerar la posibilidad de estudiar la ineficacia de los derechos de los detenidos como un problema institucional, es decir, que se genera en el propio sistema penal.

¹⁷⁶ La *picota pública*, consistente en la humillación y avergonzamiento de los acusados ante su propia comunidad, se suprimió en 1789 en Francia y en 1837 en Inglaterra. Op. cit., Michel Foucault, *Vigilar y...*, p. 16

El sistema acusatorio oral público se ha desarrollado como un todo en la justicia penal nacional. En su desarrollo, también trata de hacer cumplir los estándares básicos de los detenidos, aunque en la praxis pueda que no se manifieste precisamente como un sistema, a partir de las siguientes consideraciones a saber:

- a) Bajo la *Teoría de los Sistemas*¹⁷⁷, la sociedad sería vista en su conjunto como un gran sistema de donde opera el sistema judicial –poder judicial–, el que a su vez contaría con subsistemas como el penal –administración de justicia penal–. Pues bien, dentro de éste las relaciones entre sus actores se verificarían a través de *comunicaciones*, cuya característica estaría basada en la capacidad de reproducción –*autopoiesis*– para la *reducción de complejidad* –delitos. En otras palabras, la comunicación estaría delimitada por el cumplimiento de roles en los sujetos procesales de la investigación criminal, los cuales operarían bajo la siguiente fórmula: 1.- si se es abogado, hay que actuar defendiendo; 2.- si se es agente policial, hay que actuar custodiando e investigando (garantizando); 3.- si se es agente fiscal, hay que actuar investigando e impulsando el proceso penal (garantizando); 4.- si se es juez, hay que actuar tutelando y decidiendo (garantizando); 5.- e inclusive, si se es víctima, hay que actuar denunciando o acusando¹⁷⁸. Empero, si se es detenido: ¿cómo se debe actuar? La respuesta no sería aguantando o soportando una detención. Su rol se verificaría por el cumplimiento de cada uno de sus estándares básicos: defendiéndose y presentándose en un plazo

¹⁷⁷ No es que seamos tributarios de la “Teoría de los sistemas” de Luhmann; solo vamos a usarla como categoría de análisis en el problema de la falta de efectividad en las garantías de los detenidos. Ver Niklas Luhmann, *Complejidad y Modernidad*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 51-67

¹⁷⁸ Cada actor en el subsistema penal cumple una función, pero si a cada función la determinamos con la égida de la ley y la sinrazón entonces al detenido le tocaría perder y vivir condenado antes de ser investigado y enjuiciado, de esta forma Zaffaroni comenta que: “Se supone que quien se viste de albañil se comporta como tal, construye muros y es albañil; se supone que quien corresponde al estereotipo de ladrón, es ladrón, se comporta como tal y, por ende, roba. La agencia judicial tiene por función confirmar, por medio de un ritual establecido, que efectivamente es así, que porque el que “es” ladrón “debe robar”, realmente “roba”” Op. cit., Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de...*, p. 237

razonable ante su juez natural. La efectividad de estas garantías se mediría entonces por el grado de reconocimiento por parte de los demás roles del sistema penal.

- a) En la detención, los principios de ser defendido y ser presentado en un plazo razonable actúan como *valores* que conducen la memoria del subsistema penal de la detención. Trata de no contaminarse con un entorno –transgresiones a la norma– o ambiente lleno de complejidad¹⁷⁹. Su función entonces es canalizar los *intereses* de las partes y producir una decisión.

Sin embargo, el problema se suscita cuando esos *valores* no son reconocidos en el desempeño de los otros roles. De esta manera, el ser defendido no es reproducido en la memoria de los roles fiscales ni policiales. Sus actividades se ciñen en ausencia de los valores del subsistema penal de la detención. Estos valores son absorbidos por sus intereses, como cuando el fiscal no presenta indicios o pruebas de descargo, o cuando el agente de la policía judicial realiza un interrogatorio sin la presencia de un abogado defensor. El ser presentado en un plazo razonable no es asimilado en la memoria del rol del juzgador, olvida esta garantía y dilata la detención, rebasando su radio de acción al permitir el ocultamiento del detenido en demasía de lo permitido –24 horas.

En consecuencia, los códigos en el derecho no van a la misma velocidad. El ministerio público actúa con mayor agilidad que la defensa con figuras como la indagación previa, sumándosele el auxilio administrativo de agentes policiales, peritos, médicos legistas, dactilógrafos, etc. La defensa no actúa por falta de incentivos canalizados a través de dispositivos legales –como una ley de defensoría pública–; además su radio de acción juega en desproporción con la acusación. El sistema se reproduce viciosamente, como un carro que rueda con una llanta pinchada, canalizando la fuerza de tres de los cuatro ángulos

¹⁷⁹ La memoria política del subsistema penal aleja el decisionismo y permite la “toma de decisiones” transparentes y legítimas para las partes, que se sostiene a través de valores e intereses. Ver Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: La política como sistema*, México, Fondo de la Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Iberoamericana, 1ra. ed., 2004, pp. 197-210

de la investigación criminal (juez, fiscal y policía judicial); mientras la defensa y la presentación en un plazo razonable son expulsadas, centrífugamente, por la actuación –no reconocimientos comunicativos– de las otras.

Con ello decimos que el subsistema penal de la detención se está reproduciendo –operando– en ausencia de la participación de los roles de la defensa, y peor aún, en ausencia del detenido que es el inyector de valores. Al no tener memoria, la complejidad –el interés o expectativa de la acusación– habría engendrado toda su autonomía, negando su auto clausura. En otras palabras, al ingresar una persona en calidad de detenido al sistema penal sin reconocerse sus garantías, su estatus de sospechoso es conducido mecánicamente por el de imputado –sin una habida frontera–, para luego pasar al de culpado o responsable, dentro de la lógica *detenido-prisionizado-condenado*, pues a mayor dinamia procesal penal, menor consideración de garantías, por ende, mayor absorción del detenido por parte del ius puniendi.

6.- Cobijar nuevamente al garantismo.-

“...El sostenimiento del orden jurídico vigente es uno de los fines irrenunciables del Estado, sólo que no puede obtenerse a costa de la dignidad humana”

Ekmekdjian¹⁸⁰

Un gran sector de la doctrina constitucional considera que lo menos eficaces son los derechos económicos, sociales y culturales; mientras que, los derechos civiles y políticos gozan de un estándar privilegiado dentro del Estado, puesto que los primeros requieren de una mayor inversión presupuestaria, como por ejemplo: decir que hacer una escuela es más costoso que sostener juzgados, cárceles, patrullas etc. Por lo visto, nos hemos damos cuenta que ha ocurrido lo contrario. En nuestra constitución se establecieron principios que, en su viaje hacia la praxis policial y judicial penal, se convirtieron en meras

¹⁸⁰ Ver Miguel Ángel Ekmekdjian, *Temas Constitucionales*, Buenos Aires, LL, 1987, pp. 238

expectativas o simples declaraciones, aún los reconocidos en el mismo código de procedimiento penal.

El ser defendido se transgrede al no brindarle al detenido la asistencia letrada en derecho para poder competir en igualdad de armas con la acusación. Se vulnera el *principio de inviolabilidad de la defensa* cuando se impide el ejercicio de una defensa plena: información, comunicación, visitas, no autoincriminación, no maltratos, asistencia médica y técnico-jurídica (Art. 11 CPP). El ser presentado es incumplido, como cuando la fuerza pública no conduce al detenido ante su juez natural; el proceso se maneja en secreto y se aventaja a la acusación, transgrediéndose el *principio de igualdad* (Art. 14 CPP); y, se viola el plazo razonable al dilatarse en el tiempo la medida cautelar de la detención, degradando al *principio de celeridad* a una evidente quimera (Art. 6 CPP).

Con ello vemos que la *norma* y la *realidad* están abiertamente separadas. El programa normativo de los principios constitucionales no se verifica en la praxis del ordenamiento procesal penal, el cual los conduce a su ineffectividad. La audiencia de calificación de flagrancia se constituye en una modificación de la realidad del código de procedimiento penal, mas no de los principios establecidos en la constitución¹⁸¹. Ello implica asumir una urgente reforma a esta ley, pues para que una ley procesal –deber ser– sea jurídica, tiene necesariamente que llegar a ser.

El maestro Bidart Campos decía que: “...la división de poderes demarca zonas de competencia a cada órgano...pero dando por supuesto indispensable que esas competencias se ejercen validamente sólo cuando están de acuerdo con la

¹⁸¹ Böckenförde dice que: “El efecto ordenador de la norma no queda transformado por cualquier modificación de la realidad, sino solo por aquellos cambios que se producen en las circunstancias acogidas por el programa normativo, y para este el texto constitucional mantiene un significado constitutivo” Ver Ernst Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000, p.194

constitución...”¹⁸². La mejor forma de controlar el poder del Estado no es solo a través la constitución, sino también mediante una profunda crítica al positivismo jurídico. Se trata de brindar de legitimación social y política al sistema penal, construyendo y ejerciendo una cultura de Derechos Humanos, como una teoría emancipadora que evite el desarrollo de la administración de justicia a espaldas de los principios y garantías constitucionales¹⁸³.

Es necesario entonces que el garantismo se reproduzca: a) “como cultura” en la *agencia* penal, esto es, en todos los operadores de justicia –sean jueces, fiscales, policías judiciales, incluso defensores públicos o privados– a través de escuelas de formación profesional, como una forma de producir ciudadanía dentro de cada una de las instituciones del Estado; y, b) “como técnica” en la *estructura* del sistema penal, creando dispositivos legales que generen a su vez espacios de máxima aplicación de derechos constitucionales e instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, como una ley de defensoría pública, reformas al código de procedimiento penal, veedurías ciudadanas de defensa derechos humanos, rendición de cuentas, etc. Ello permite la credibilidad y la confianza en el Estado Social y/o Constitucional de Derecho, en donde pretendemos convivir como sociedad e inscribirnos como sistema política; y en donde los detenidos, como ciudadanos sujetos de derechos, nunca más vean a sus garantías ser desnudadas por la arbitrariedad del poder...

¹⁸² Ver Germán Bidart Campos, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 452

¹⁸³ Op. cit., Boaventura de Sousa Santos, *Foro Social...*, pp. 172-177

Bibliografía

Fuentes primarias.-

- Encuestas: detenidos y detenidas en las cárceles de Cuenca y Machala
- Entrevistas: jueces, fiscales, policías judiciales de Cuenca y Machala
- Revisión de expedientes penales de detenidos en Cuenca y Machala

Fuentes secundarias.-

a) Bibliografía Doctrinaria:

- 1.- Ábalos, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal: cuestiones fundamentales*, Tomo I, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1era. ed., 1993
- 2.- Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2da. ed., 2005
- 3.- Albanese, Susana, *Garantías Judiciales: Algunos requisitos del debido proceso legal en el derecho internacional de los derechos humanos*, Buenos Aires, Ediar, 2da. ed., 2007
- 4.- Anqueros María de las Mercedes y Tozzini Carlos A., *Los Procesos y la efectividad de las penas de encierro*, Buenos Aires, Desalma, 1978
- 5.- Arendt, Hannah, *Sobre la revolución*, Madrid, Alianza Editorial, 2004
- 6.- Ávila, Ramiro, “El derecho al acceso a la información y los derechos humanos”, en Ramiro Ávila (coord.), *Los derechos sociales: del acceso a la información a la justiciabilidad*, Quito, Centro de Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y otros, 2007
- 7.- Bacigalupo, Enrique, *Derecho Penal. Parte General, presentación y anotaciones de Percy García Caverro*, Lima, Ara Editores, 1ra.ed., 2004

- 8.- Baratta, Alessandro, “Principios del Derecho penal mínimo (para una teoría de Derechos Humanos como objeto y límite de la ley penal)”, en *Alessandro Baratta, Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*; Carlos Alberto Elbert (dir.), colección Memoria Criminológica No. 1, Argentina, Editorial B de F, 2004
- 9.- Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, Tomo III, Buenos Aires, Ediar, 1997
- 10.- ____ *Derecho Constitucional*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1968
- 11.- Binder, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1993
- 12.- Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2000
- 13.- Bourdieu, Pierre y otros, *Las Miserias del Mundo*, Buenos Aires, Fondo de la Cultura Económica, 1ra reimp., 2000
- 14.- Calsamiglia, Alberto, *Introducción a la ciencia jurídica*, Barcelona, Editorial Ariel, 3ra. ed., 1990
- 15.- Camaño, Diego, “Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal”, en *Delito y Sociedad Revista de Ciencias Sociales*, Año 8, No. 13, Sección Comentarios de Libros, Buenos Aires, Editorial La Colmena, 1999
- 16.- Cancio Meliá, Manuel, “De nuevo: ¿”derecho penal” del enemigo?”, en *Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología-Universidad Nacional de Colombia*, Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2006
- 17.- Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, traducido al verso castellano por Santiago Sentís Melendo, México, Editorial Jurídica Universitaria, Serie Clásicos del derecho procesal penal, vol. 2, 2002

- 18.- Carranza Piña, Jorge Eduardo, *La libertad y la detención preventiva: en el derecho penal y los tratados internacionales*, Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2002
- 19.- Casale, Silvia, “Mecanismos de control durante la detención y el trabajo del Comité Europeo para la prevención de la Tortura”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005
- 20.- CEJIL, *La Protección de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Sistema Interamericano*, San José, Gossesstra Intl., 2005
- 21.- Coetzee, J. M., *Foe*, trad. al verso castellano por Alejandro Gracia Reyes, Barcelona, Mondadori, 2004
- 22.- Coriolano, Mario Luis, “Defensa pública y derechos humanos: Banco de datos sobre torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, en Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), *Colapso del sistema carcelario*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores, 2005
- 23.- Dayenoff, David Elbio, *Cuestiones sobre Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, Editorial Quórum, 2004
- 24.- Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. en verso castellano por Marta Guastavino, Barcelona, Editorial Ariel, S.A., 2da. reimp., 1995
- 25.- Ekmekdjian, Miguel Ángel, *Temas Constitucionales*, Buenos Aires, LL, 1987
- 26.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo III, Buenos Aires, Editorial Dryskill, 1978
- 27.- Escobar, Raúl Tomás, *El Interrogatorio en la Investigación Criminal. Confesión y Torturas: psicología, sociología, psicopatología. Técnicas para la investigación del delito*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2da. ed. 1987
- 28.- Esparza Leibar, Iñaki “*El Principio del Proceso debido*”, Barcelona, José María Bosch Editor, S.A., 1995

- 29.- Espitia Garzón, Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Bogotá D.C., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1998
- 30.- Ferrajoli, Luigi, *Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia*, Madrid, Editorial Trotta, 2006
- 31.- _____, *Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal*, Madrid, Editorial Trotta, 5ta. ed., 2001
- 32.- _____ “Las lesiones legales del modelo constitucional al proceso penal”, en Julio. B. J. Maier y Alberto Bovino comp., *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001
- 33.- _____ “Garantías Constitucionales”, trad. en verso castellano por Calógero Pizzolo, en Raúl Gustavo Ferreyra y Andrés Gil Domínguez dir., *El Garantismo Constitucional*, Revista Argentina de Derecho Constitucional, Año I, No 2, Buenos Aires, Ediar, 2000
- 34.- Fondo Justicia y Sociedad, Fundación Esquel y Usaid, *La Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador*, Quito, Impresora Flores, 2003
- 35.- Foucault, Michel, *Vigilar y castigar*, Madrid, Siglo XXI Editores, 28ava. ed., 1998
- 36.- _____ *Defender la sociedad*, Argentina, Fondo de Cultura Económica, 2000
- 37.- _____ *Los Anormales*, Madrid, Ediciones Akal, 2000
- 38.- Gascón Abellán, Marina, “Teoría General del Garantismo a propósito de la obra de L. Ferrajoli “Derecho y Razón””, en Juan Oberto Sotomayor Acosta (coord.), *Garantismo y Derecho penal*, Bogotá, Temis, 2006
- 39.- Gaviria, Carlos, *Sentencias. Herejías Constitucionales*, Colombia, Fondo Cultura Económica, 1era. ed., 2002
- 40.- Grell, Paul, “Los relatos de vida: una metodología para superar las realidades parciales”, en Groupe de Analyse des politiques sociales, *Les Récits de Vie. Théorie, méthode et trajectoires types*, Québec, Editions Sain Martin, 1986

- 41.- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998
- 42.- Hart, H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968
- 43.- Held, David, *Modelos de democracia*, Madrid, Alianza Editorial, 2da. ed., 2001
- 44.- Hobbes, Thomas, *Leviatán*, traducción, prólogo y notas por Carlos Mellizo, Madrid, Alianza Editorial, 2da. reimp., 1993
- 45.- Hulsman, Louk, “El enfoque abolicionista: Políticas criminales alternativas”, en *Criminología Crítica y Control Social: El poder punitivo del Estado*, No. 1, Rosario, Editorial Jus, 1993
- 46.- Instituto Interamericano de Derechos Humanos IIDH, *Instrumentos Internacionales e Protección de Derechos Humanos*, San José, Nuestra Tierra, 2005
- 47.- Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, Editorial Civitas, 1996
- 48.- Jellinek, *Teoría General del Estado*, México, Editorial Continental, 1958
- 49.- Jiménez de Asúa, Luis, *Lecciones de Derecho Penal*, México, Oxford University Press, volumen 3, colecciones, 2003
- 50.- Kelsen, Hans *Teoría Pura del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Universidad de Buenos Aires Eudeba, 4ta. ed., 1965
- 51.- Kosik, Karl., *La dialéctica de lo concreto*, París, Maspero, 1978
- 52.- La Rosa, Mariano R., *Exención de prisión y excarcelación*, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2006
- 53.- Langbein, John H., “Tortura y Plea Bargaining”, trad. en verso castellano por María Lousteau y Alberto Bovino, en Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp., *El Procedimiento Abreviado*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2001

- 54.- Londoño Jiménez, Hernando, *De la captura a la excarcelación*, Bogotá, Editorial Temis, 1983
- 55.- López, Diego, *Teoría Impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis-Universidad de los Andes-Universidad Nacional de Colombia, 3era. reimp., 2005
- 56.- Luhmann, Niklas, *Complejidad y Modernidad*, Madrid, Trotta, 1998
- 57.- Maier, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I (Fundamentos), 2da. ed. y 3ra. reimp.; Tomo II (Sujetos Procesales), 1da. ed. y 1ra. reimp., Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004
- 58.-_____, “¿Es posible todavía la realización del proceso penal en el marco de un Estado de Derecho?”, en Carlos Julio Lascano (edit.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales: homenaje al profesor Claus Roxin*, Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, Editora Lerner y La Lectura Libros Jurídicos, 2001
- 59.- Maris Martínez, Stella “¿Quién defiende a la defensa? El derecho de defensa como requisito inexcusable de una administración de justicia respetuosa de los derechos humanos”, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001
- 60.- Mathiesen, Thomas, *Juicio a la Prisión*, Buenos Aires, Ediar, 2003
- 61.- Neuman, Elías, *Los que viven del delito y los otros. La delincuencia como industria*, Bogotá, Editorial Temis, 3ra. ed. ,2005
- 62.- North, Douglass, *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, México, Fondo de la Cultura Económica, 1993
- 63.- Paladines, Jorge V., “Quiénes son las víctimas en la transformación del derecho a la resistencia al delito de terrorismo?”, en *Memorias XVIII Congreso Latinoamericano, X*

Iberoamericano y I Nacional de Derecho Penal y Criminología-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá D.C., Editorial Leyer, 2006

64.- Perelman, Chaïm, “Teorías de la Argumentación Jurídica”, en Manuel Calvo García, *Los Fundamentos del Método Jurídico: Una revisión crítica*”, Madrid, Editorial Tecnos, 1994

65.- Peruzzotti Enrique y Smulovitz Catalina, “Accountability Social: la otra cara del control” en Enrique Peruzzotti y Catalina Smulovitz, *Controlando la Política. Ciudadanos y Medios en las Nuevas Democracias Latinoamericanas*, Buenos Aires, Editorial Temas, 2002

66.- Pettit, Philip, *Republicanism: Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, traducido al verso castellano por Toni Doménech, Barcelona, Paidós, 1999

67.- Prieto Sanchis, Luis, *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2003

68.- Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, México, Fondo de la Cultura Económica, 4ta. reimp. de la 2da. ed., 2003

69.- Salido Valle, Carlos, *La Detención Policial*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1997

70.- Saltalamacchia, Homero R., “Historias de vida y movimientos sociales: el problema de la representatividad”, en *Revista Mexicana de Sociología XLXI*, No. 1 (Enero-Marzo), México, 1983

71.- Santos, Boaventura, “Las tenciones de la modernidad”, en Manuel Monereo y Miguel Riera edit., *Foro Social Mundial: Porto Alegre Otro Mundo es Posible*, España, El Viejo Topo, 2da. Ed., 2001

72.- Sartori, Giovanni *Teoría de la democracia*, Madrid, Alianza Editorial, Tomo II, 1988

73.- Schmitt, Carl, *El concepto de lo político*, México, Ediciones Folios, 1985

- 74.- Seisdedos, Felipe, “La autoincriminación y el art. 18 de la Constitución nacional” en Víctor Bazán coord., *Defensa de la Constitución: Garantismo y controles. Libro en reconocimiento al Doctor Germán J. Bidart Campos*, Buenos Aires, Ediar, 1ra.ed., 2003
- 75.- Silva Sánchez, Jesús Maria, *La expansión del derecho penal*, Madrid, Editorial Civitas, 2001
- 76.- Tocora, Fernando, *Principios Penales Sustantivos*, Bogotá, Temis, 2002
- 77.- Torres Nafarrate, Javier, *Luhmann: La política como sistema*, México, Fondo de la Cultura Económica-Universidad Nacional Autónoma de México y Universidad Iberoamericana, 1ra. ed., 2004
- 78.- Vaca Andrade, Ricardo, *Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Penal*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, colección cátedra, No. 5, 2da. ed., 2000
- 79.- Vila Casado, Iván, *Nuevo Derecho Constitucional*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000
- 80.- Villán Durán, Carlos, *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 1era. reimp., 2006
- 81.- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Editorial Trotta, 2da. ed., 1997
- 82.- Zaffaroni, Eugenio Raúl, *El Enemigo en el Derecho Penal*, Bogotá D.C., Grupo Editorial Ibáñez, 2006
- 83.-_____*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, Ediar, 2005
- 84.-_____*“Justicia Penal y discriminación”*, en Ana Messuti y Julio Andrés Sampedro Arrubla, *La Administración de Justicia: en los albores del tercer milenio*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 2001

- 85.-_____“El discurso feminista y el poder punitivo”, en Haydée Birgin (comp.), *Las trampas del poder punitivo: El Género del Derecho Penal*, Buenos Aires, Editorial Biblós, 2000
- 86.-_____, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2da. Ed. y 1ra. Reimp. 2006
- 87.-_____, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000
- 88.- Zavala Baquerizo, Jorge, *El Proceso Penal*, Tomo III, Bogotá, Ediciones Edino, 3ra. Ed., 1990

b) Bibliografía normativa y jurisprudencial:

- 89.- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez v. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 21 de Noviembre de 2007
- 90.- Caso Tibi v. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 7 de Septiembre de 2004
- 91.- Caso Víctor Rosario Congo v. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 13 de abril de 1999
- 92.- Caso Suárez Rosero v. Ecuador, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de noviembre de 1997
- 93.- Carta Andina de Derechos Humanos
- 94.- Código de Procedimiento Penal del Ecuador
- 95.- Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión
- 96.- Constitución Política de de Nación Argentina
- 97.- Constitución Política de la República del Ecuador
- 98.- Constitución Política del Perú

- 99.- Constitución Política de la República Bolivariana de Venezuela
- 100.- Convención Americana sobre Derechos Humanos
- 101.- Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
- 102.- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes
- 103.- Declaración Americana sobre Derechos Humanos
- 104.- Declaración Universal de Derechos Humanos
- 105.- Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo
- 106.- Ley Orgánica de la Función Judicial
- 107.- Ley Orgánica del Ministerio Público del Ecuador
- 108.- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- 109.- Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos
- 110.- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos
- 111.- Reglamento del régimen de visitas a los internos por delito de terrorismo”, en *Nueva Legislación del Terrorismo*, Lima, Editorial Berrío, 2004
- 112.- Observación General No. 13, Comisión Interamericana de Derechos Humanos

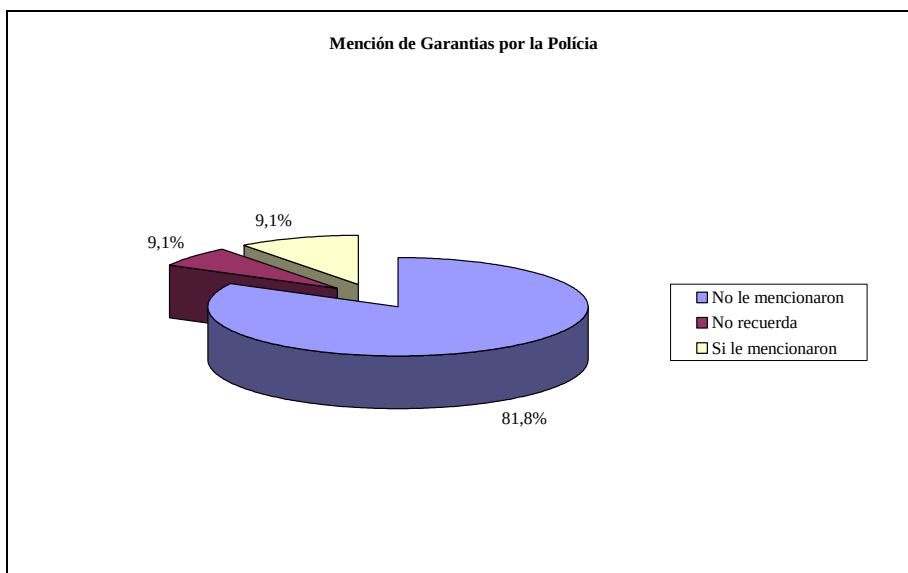
c) Bibliografía virtual:

- 113.- web site: http://es.wikipedia.org/wiki/Jes%C3%BAAs_de_Nazaret#Arresto, visita: 22/10/07
- 114.- web site: www.dnrs.gov.ec/Estadisticas.htm, visita 30/07/07
- 115.- web site: <http://www.diariocorreo.com.ec/archivo/2007/12/09/oralidad-empezo-a-aplicarse-en-denuncias/#respond>, visita: 09/12/07

La desnudez del garantismo en Azuay

ANEXO 1

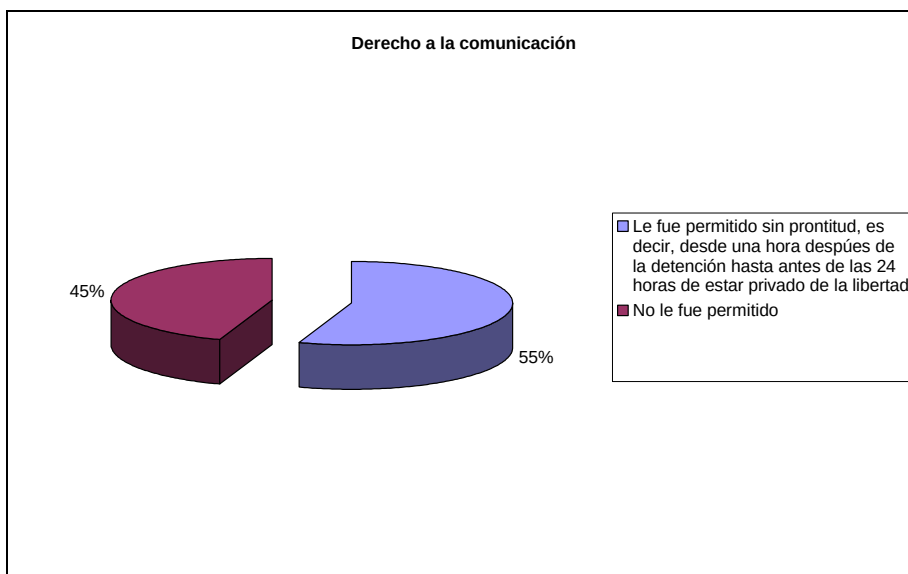
Gráfico No. 1



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007

Elaboración: Propia

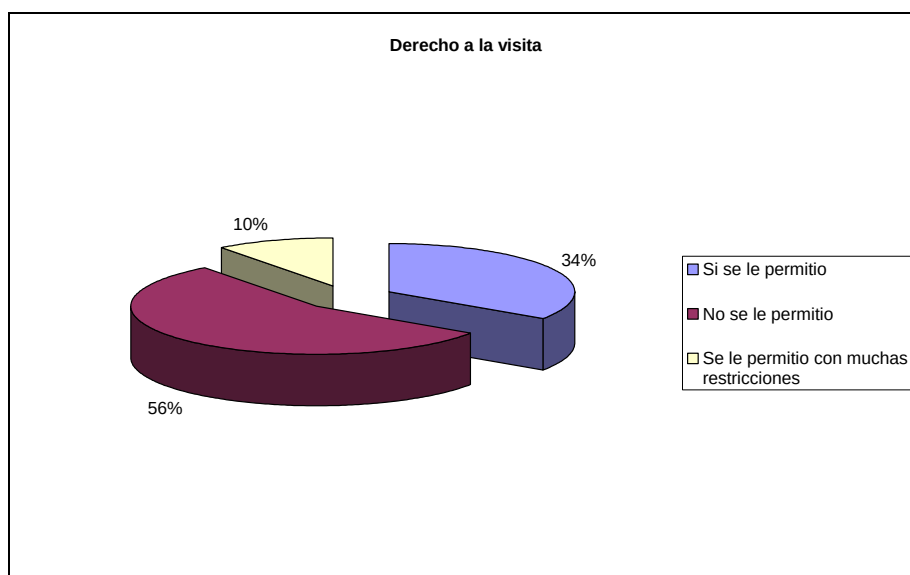
Gráfico No. 2



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007

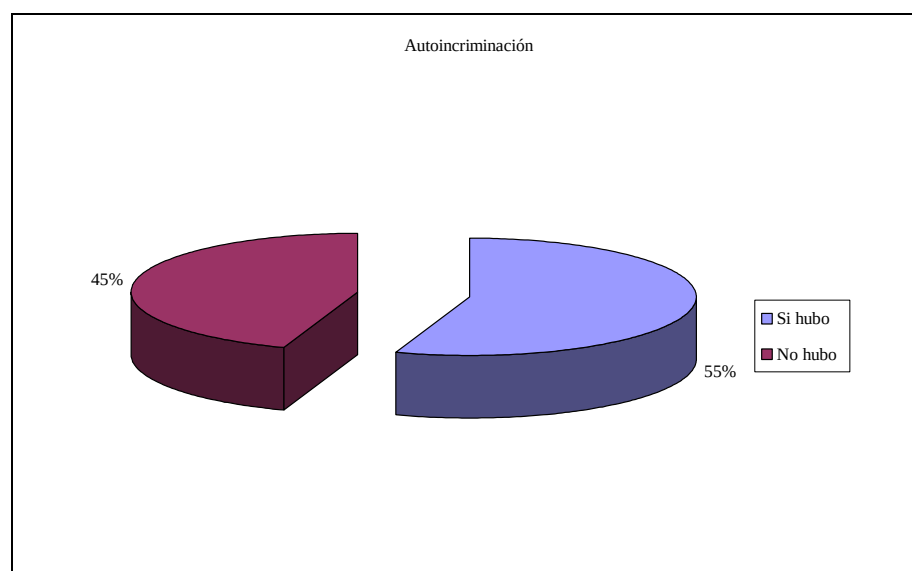
Elaboración: Propia

Gráfico No. 3



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

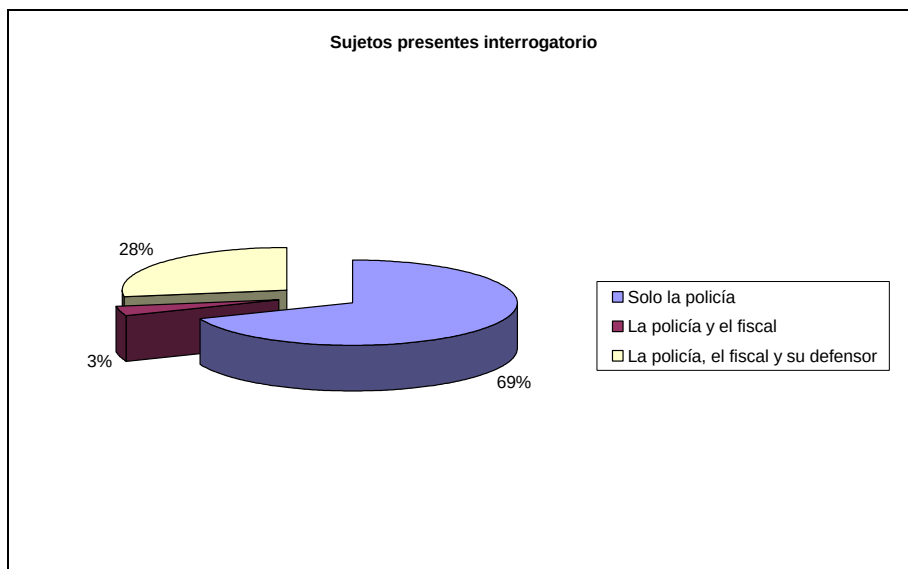
Gráfico No. 4



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

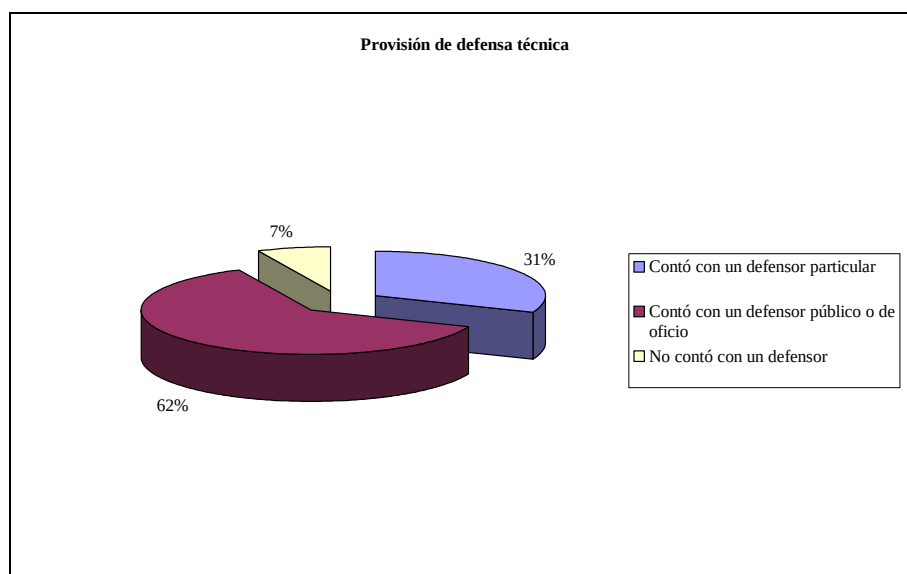
ANEXO 2

Gráfico No. 5



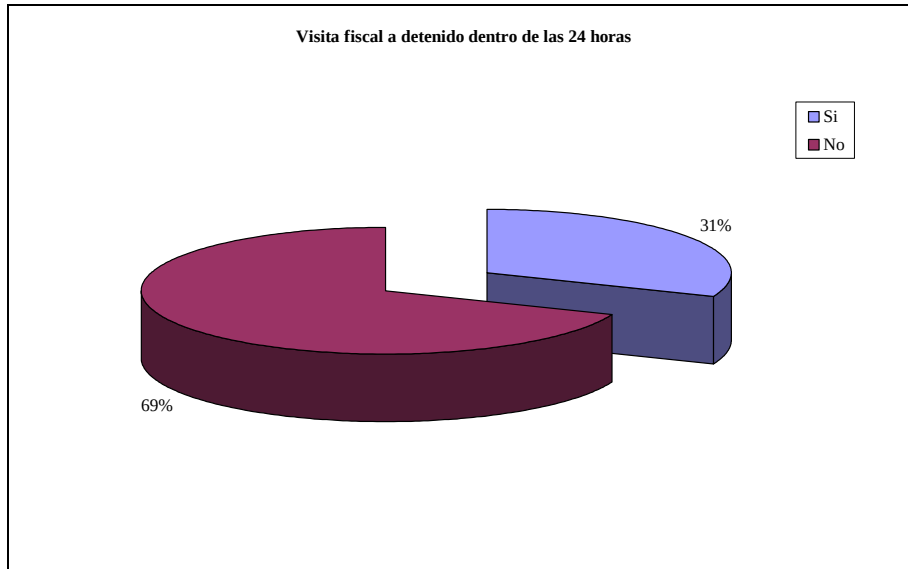
Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

Gráfico No. 6



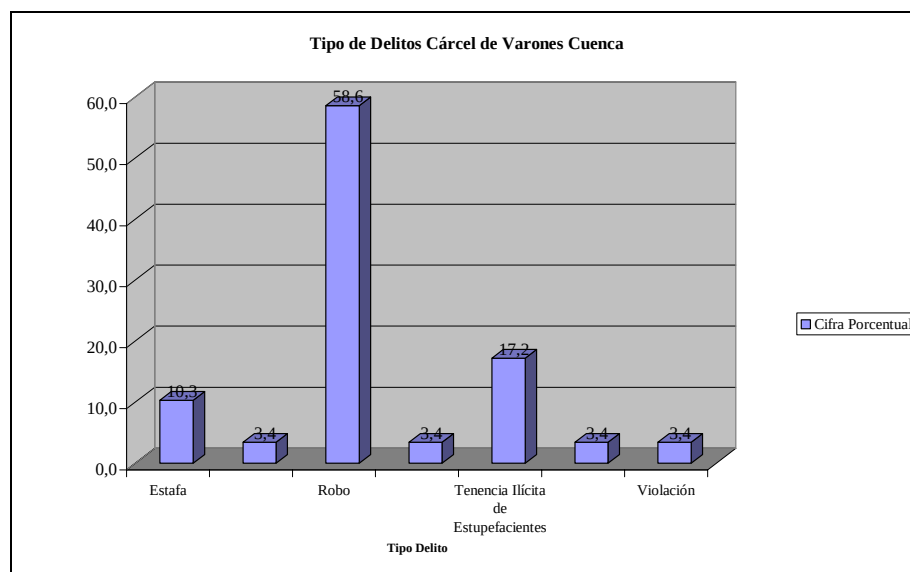
Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

Gráfico No. 7



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

Gráfico No. 8



Fuente: Encuesta cárcel de varones y mujeres Cuenca, Septiembre 2007
Elaboración: Propia

ANEXO 3



Foto 1: “Patio Central”

Cárcel de mujeres de Cuenca, calles: Padre Aguirre 1167 entre La Mar y Sangurima, 19/09/07



Foto 2: Revisión: Ingreso a Pabellón de Detenidos en horario de visitas
Cárcel de Varones “La Grande” de Cuenca, 20/09/07



Foto 3: Horario de visitas
Cárcel de Varones “La Grande” de Cuenca, 20/09/07

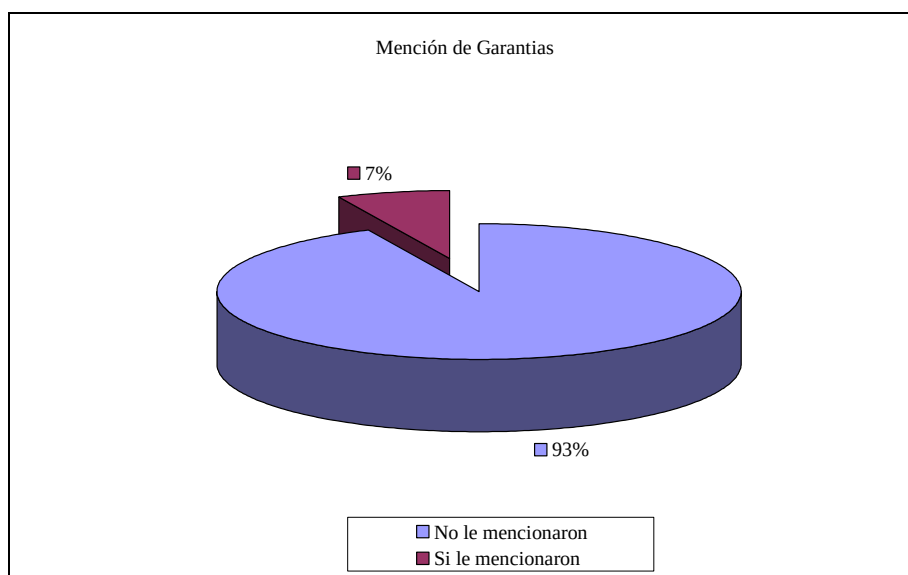


Foto 4: Familiares de detenidos impedidos de ingresar
Cárcel de Varones “La Grande” de Cuenca, 20/09/07

La desnudez el garantismo en El Oro

ANEXO 4

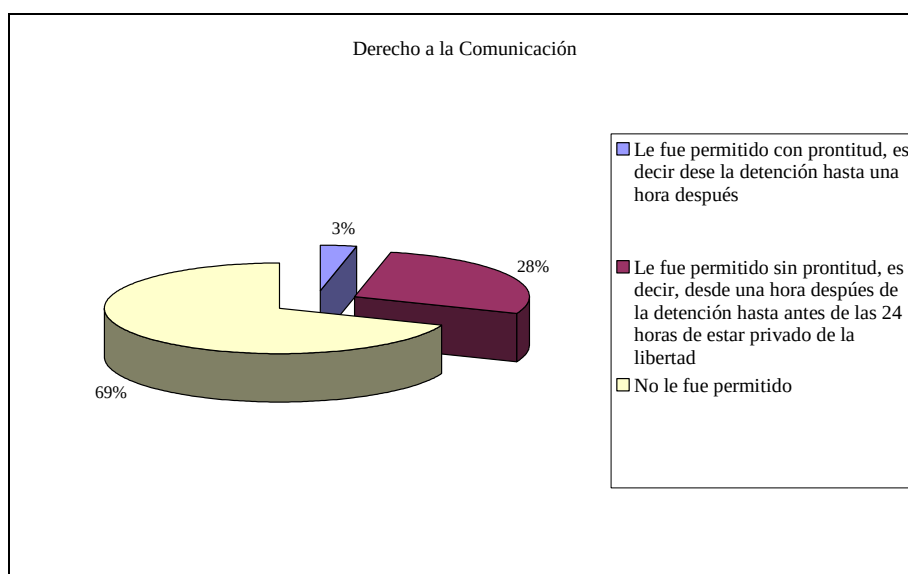
Gráfico No. 1



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007

Elaboración: Propia

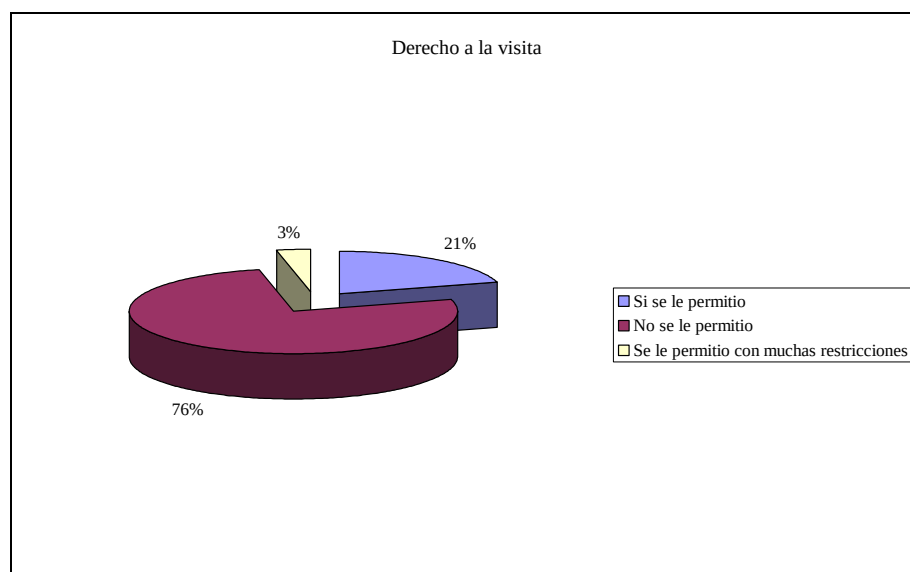
Gráfico No. 2



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007

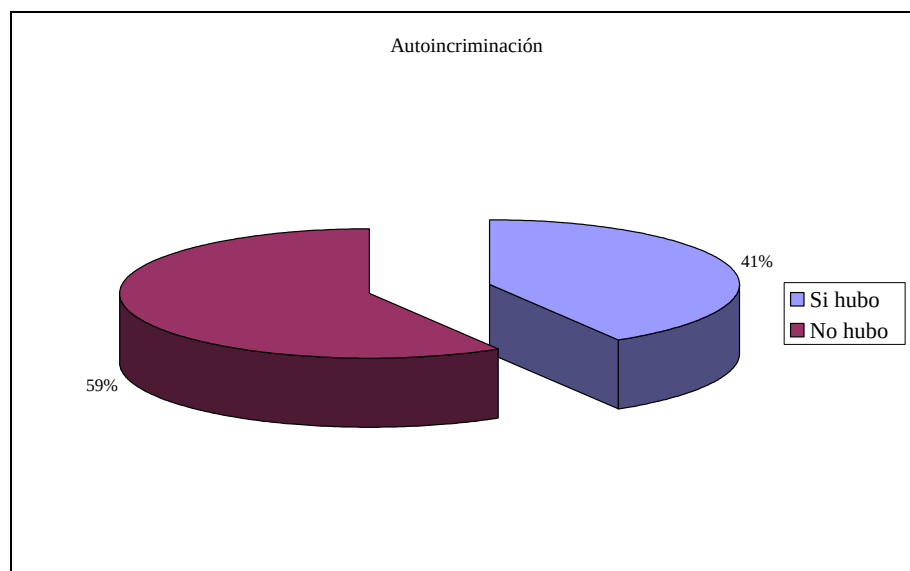
Elaboración: Propia

Gráfico No. 3



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

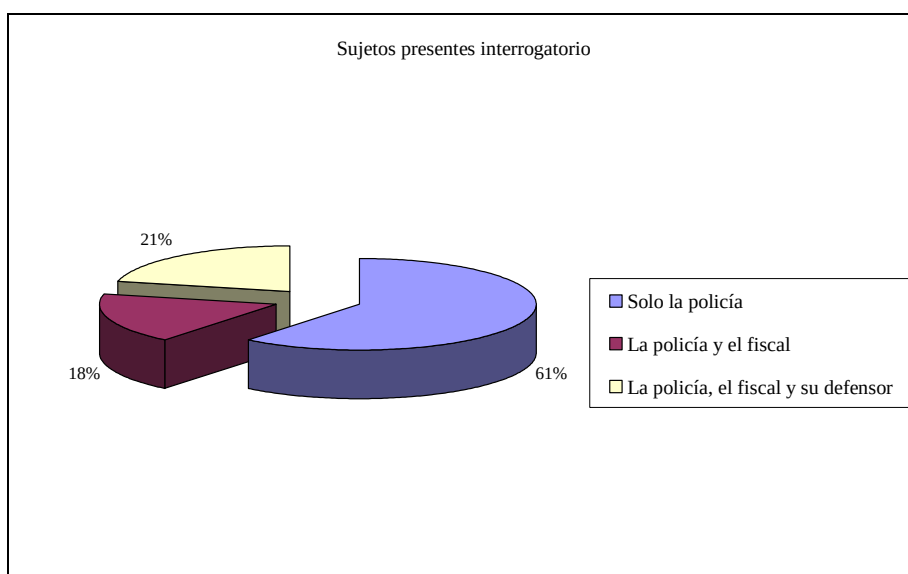
Gráfico No. 4



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

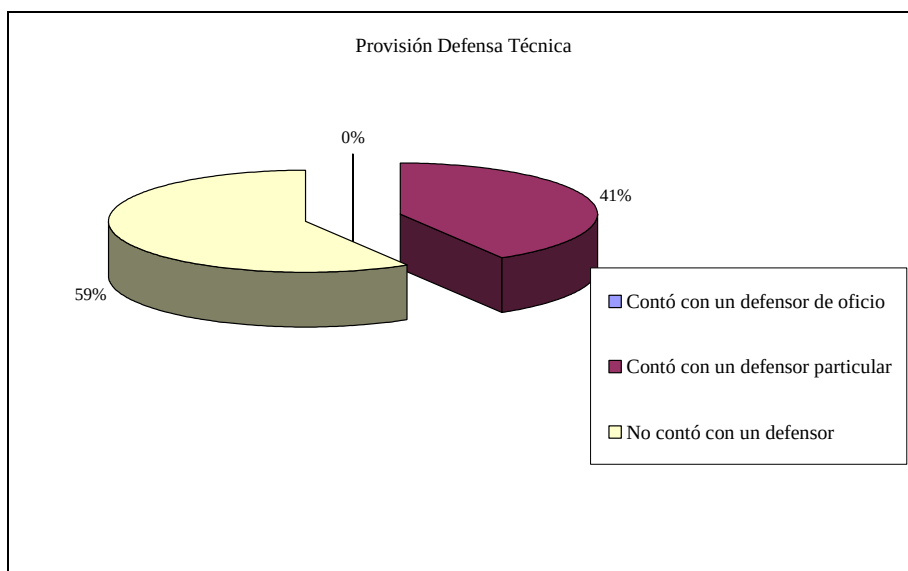
ANEXO 5

Gráfico No. 5



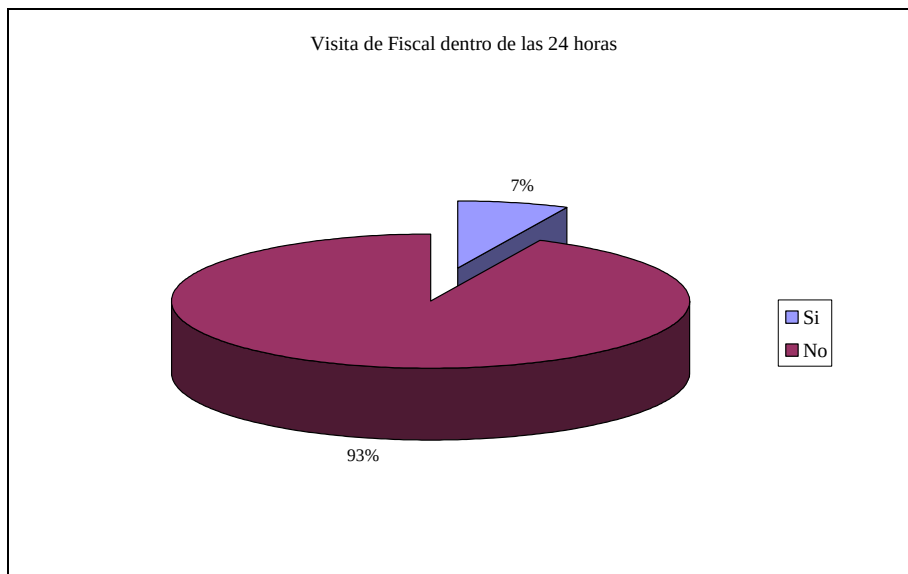
Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

Gráfico No. 6



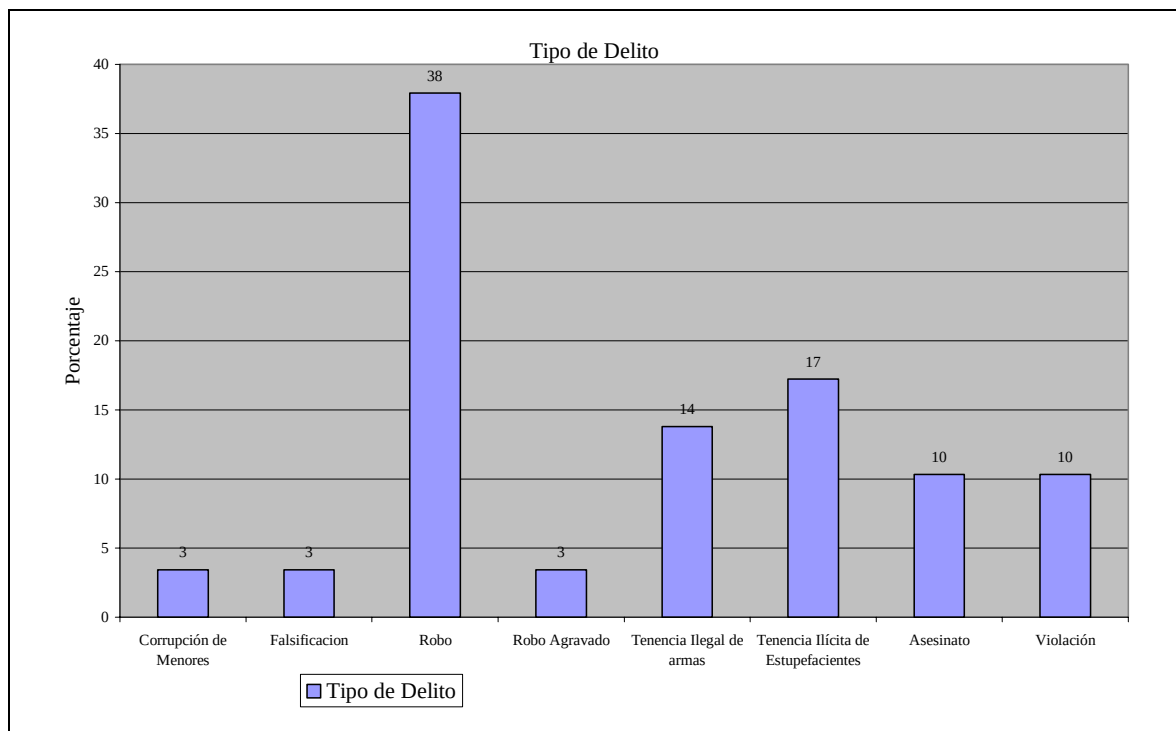
Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

Gráfico No. 7



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

Gráfico No.8



Fuente: Encuesta Centro de Rehabilitación Social de Machala, Octubre 2007
Elaboración: Propia

ANEXO 6



Foto 1: Centro de Rehabilitación Social de Machala, 03/10/07



Foto 2: Ingreso a pabellones, Centro de Rehabilitación Social de Machala, 03/10/07

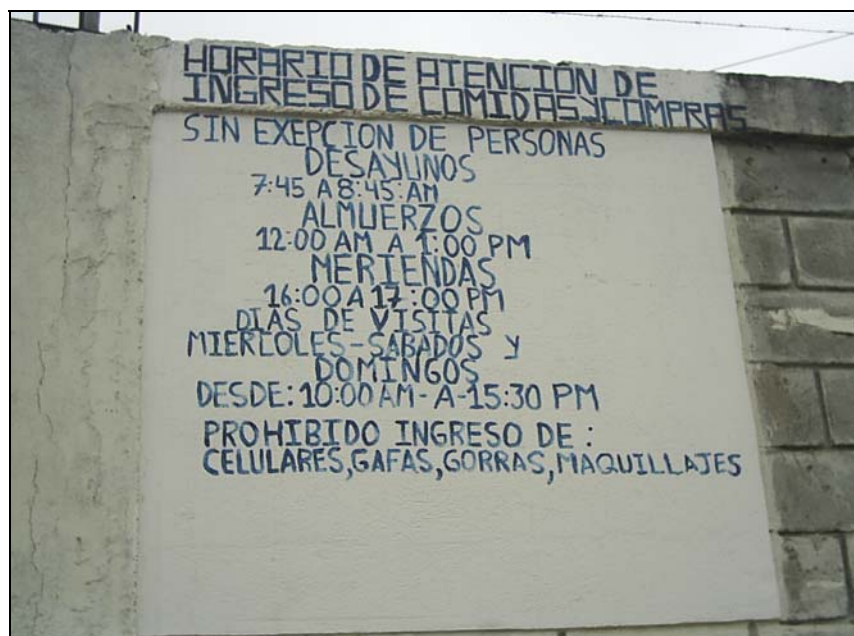


Foto 3: Aviso de horarios de ingreso a la cárcel del Machala, 03/10/07



Foto 4: Celdas de prisionizados planta alta, Centro de Rehabilitación Social de Machala, 03/10/07

JUZGADO SEGUNDO DE LO PENAL DE CUENCA

AUDIENCIA PARA CONOCER SOBRE LA APREHENSION DE LOS CIUDADANOS: WALTER EDUARDO CORONEL PINTADO o EDISON RODRIGO SEGURA SUAREZ, NEPTALÍ JADAN VILLA o CARLOS EFRÉN OJEDA OJEDA y JONATHAN STALIN SANTAMARIA GUERRERO o JONATHAN XAVIER CHAVEZ ARTEAGA

MINISTERIO PUBLICO: Dr. Leonardo Amoroso Garzón

En la ciudad de Cuenca, hoy jueves treinta y uno de mayo de dos mil siete, siendo las diez y seis horas tres minutos, ante el Señor Juez Segundo de lo Penal de Cuenca, Simón Valdivieso Vintimilla y el Secretario del Juzgado, señor Justo Velasteguí Espinosa, **comparecen los ciudadanos (a) WALTER EDUARDO CORONEL PINTADO o EDISON RODRIGO SEGURA SUAREZ, NEPTALÍ JADAN VILLA o CARLOS EFRÉN OJEDA OJEDA y JONATHAN STALIN SANTAMARIA GUERRERO o JONATHAN XAVIER CHAVEZ ARTEAGA**, acompañado (a) (s) de su Abogado Defensor, Dr. Diego Bermeo, con matrícula No. 2896 del C. A. A., **casilla judicial No. 201.**

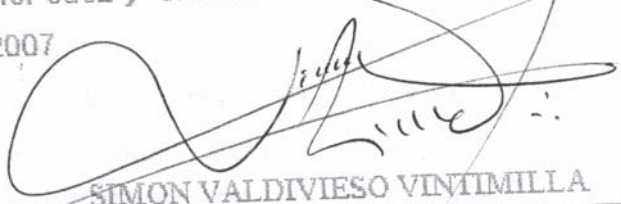
ANTECEDENTES DE HECHO.- Los aprehendidos (a), según el parte policial que se hace entrega en este momento, contenido en el Oficio No. 2007-3001-PJ-CP-6, de "31 de mayo de 2007", han sido detenidos (a) en delito flagrante por parte de un agente de policía. **FUNDAMENTO JURÍDICO.-** Art. 163 de la Constitución Política de la República, que permite la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y, Principio 37 del "Conjunto de Principios Para la Protección de Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión". Art. 24 No. 4 y 6 de la Constitución Política; Art. 209 del Código de Procedimiento Penal en relación con el Art. 162 del Código de Procedimiento Penal. Art. 33 del Código de Procedimiento Penal en relación con el Art. 217 Ibidem. Art. XXV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Art. 219 de la Constitución Política de la República. **LECTURA DE**

PARTE POLICIAL, VERIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES CONTENIDAS EN EL ART. 24 No. 4 y 5 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA y ESCUCHA AL JUSTICIABLE.- El detenido (a) **Coronel o Segura** señala, que no le fueron leídos todos sus derechos, que su detención se produjo: hablé con el señor de España Motors, si estuve con la cédula y certificado de votación, en mi habitación no hubo ningún documento, los señores no han estado conmigo, yo cometí solito el delito; el detenido (a) **Jadán u Ojeda**, señala, que no le fueron leídos sus derechos y que su detención se produjo: que el cheque no he tenido, si tuve la cédula y el certificado de votación, no los cheques; y, el detenido (a) **Santamaría o Chávez**, señala, que no le fueron leídos sus derechos y que su detención se produjo: no he querido estafar en el patio de carros, yo iba a dar tres mil dólares en dinero en efectivo, no cheques, si me encontré una chequera, y eso me encontraron. **RESOLUCIÓN PREVIA SOBRE LA APREHENSIÓN.-** El suscrito Juez Segundo de lo Penal de Cuenca, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 209 No. 3 del Código de Procedimiento Penal, confirma la aprehensión realizada por cuanto del parte policial se desprende que el señor Agente Fiscal ha dispuesto la detención, en virtud de la facultad conferida en el Art. 216 No. 5 del Código de Procedimiento Penal. Se ha incumplido con lo dispuesto en el Art. 24 de la Constitución Política de la República, por parte del agente de policía. **INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.-** El Ministerio Público, señala, que de acuerdo a lo dispuesto en el Art. 217 del Código de Procedimiento Penal, inicia una instrucción fiscal. **HECHO ATRIBUIDO.-** Falsificación de documentos públicos, hecho suscitado el día 30 de mayo de 2007, aproximadamente a las 18h00, en circunstancias en las que se ha procedido a la detención de los tres prenombrados ciudadanos, al primero en la Av. De Las Américas No. 2695 y Alfonso Andrade y a los segundos en la Av. España y Elia Liut, portando tres cédulas de ciudadanía a nombre de WALTER EDUARDO CORONEL PINTADO, NEPTALÍ JADAN VILLA y JONATHAN STALIN SANTAMARÍA GUERRERO, las que sometidas a la pericia documentológica se ha determinado que existe alteración y suplantación, que la especie es original y los datos falsos. **DELITO IMPUTADO.-** Falsificación de documento público, tipificado y sancionado en el Art. 339 del Código Penal (sic). **EVIDENCIA.-** Material (No), Documental (Si,

63

cédulas referidas como falsas y otros documentos), Testifical (Si, versiones), Pericial (Si, Informe Pericial Técnico Documentológico, Informe Técnico de Identificación Dactilar). **PETICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR.- FUNDAMENTACION:** Art. 167 del Código de Procedimiento Penal: Si (X) No (). Necesidad: Si (X) No (). **PROVIDENCIA JUDICIAL.-** Con la resolución de inicio de Instrucción Fiscal dictada por el Ministerio Público, en contra de los ciudadanos (a): **WALTER EDUARDO CORONEL PINTADO o EDISON RODRIGO SEGURA SUAREZ, NEPTALÍ JADAN VILLA o CARLOS EFRÉN OJEDA OJEDA y JONATHAN STALIN SANTAMARIA GUERRERO o JONATHAN XAVIER CHAVEZ ARTEAGA,** se dispone que el señor Actuario del Despacho de acuerdo a lo establecido en el Art. 9 del Código de Procedimiento Penal, proceda a notificarlos (a), así mismo notifique a la Oficina de la Defensoría Pública, a fin de que asigne un defensor dentro del plazo de veinte y cuatro horas, de no hacerlo, el Juzgado designará de oficio. **DEBATE SOBRE LA PETICIÓN DE MEDIDA CAUTELAR.-** En atención a la petición fiscal de que se dicte la medida cautelar de prisión preventiva en contra de los imputados (a), al amparo de lo dispuesto en los Arts. 11 y 27 No. 1 del Código de Procedimiento Penal, se dispone oírse a su defensor, quien señala, que no cuestiona en nada la medida solicitada por el señor Fiscal, que en el proceso se va a establecer cosas diferentes a las que se ha dicho ahora. **ORDEN DE PRISIÓN PREVENTIVA.-** El suscrito Juez Segundo de lo Penal de Cuenca, luego de escuchar al defensor de los imputados, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 27, numeral tres del Código de Procedimiento Penal en armonía con lo establecido en el Art. 29 N. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, consigna: a). Que, la medida cautelar de prisión preventiva al tenor de lo dispuesto en el Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, requiere de la concurrencia de tres presupuestos objetivos de procedibilidad y un presupuesto subjetivo; b). El primero, que entre la conducta del imputado y la ley penal exista una coincidencia real; el segundo, que exista suficiente motivo para presumir que el imputado intervino en el delito que es objeto del proceso; y, el tercero, que la pena exceda de un año de prisión; c). Que, la calificación de delito flagrante por parte del señor Agente Fiscal, implica de por sí el cumplimiento de los dos primeros requisitos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, y el delito

imputado por el Ministerio Público, conlleva una pena privativa de libertad superior a un año, debiendo sumarse a ello los elementos de convicción presentados en esta audiencia por la Fiscal que lleva el caso, como: la evidencia referida en el parte policial, las versiones receptadas, los informes periciales documentológico y de identificación dactilar; d). Que, el elemento subjetivo radica en la conclusión que arriba el Juzgador, luego de la consideración de la situación en que el imputado dio el paso al acto delictivo y el análisis de la personalidad, por lo que se deben ver circunstancias precedentes y concomitantes del hecho que es objeto del proceso y de las circunstancias individuales de la persona afectada con la imposición de medida cautelar; y, e). Que, consecuentemente frente a este elemento subjetivo, el Juzgado estima que la necesidad de la medida cautelar personal está dada por: el riesgo de fuga en virtud de la pena que conlleva el delito imputado, como una medida necesaria para el proceso y la sociedad, así como la alarma social que produce este tipo de ilícitos, que exigen respuestas por parte de la justicia penal, para mantener el orden público en atención a la gravedad del delito y por cuanto en esta audiencia no se ha acreditado por parte de la defensa hechos que permitan pensar que los imputados van a estar a disposición de la justicia penal. En consecuencia por estimarse cumplidos los presupuestos del Art. 167 del Código de Procedimiento Penal, se dicta orden de prisión preventiva de los imputados (a): WALTER EDUARDO CORONEL PINTADO o EDISON RODRIGO SEGURA SUAREZ, NEPTALÍ JADAN VILLA o CARLOS EFRÉN OJEDA OJEDA y JONATHAN STALIN SANTAMARIA GUERRERO o JONATHAN XAVIER CHAVEZ ARTEAGA, en el Centro de Rehabilitación Social de Varones de Cuenca, debiendo girarse la boleta constitucional para legalizar sus detenciones. Los imputados pueden apelar de esta medida cautelar, este Juez revisará periódicamente de ser el caso dicha medida cautelar. Se termina la presente diligencia firmando para constancia el señor Juez y el suscrito Secretario que certifica. Cuenca, jueves 31 de mayo de 2007


SIMON VALDIVIESO VINTIMILLA
JUZGADO SEGUNDO DE LO PENAL DE AZUAY

Anexo Metodológico

Generalmente, se comprende por anexo metodológico a las referencias sobre las preguntas –de los cuestionarios para las encuestas y de las guías de entrevista– realizadas en el proceso de investigación –no obstante que irán más adelante. Empero, la presente sección tiene por objeto explicar y discutir sobre las diversas particularidades y dificultades que sucedieron en el análisis de los datos proporcionados en las encuestas y entrevistas de la presente investigación.

Para comenzar, la presente investigación se contuvo en una tesis de Maestría en Derecho con mención en derecho Constitucional, bajo un tema aprobado de conformidad con los requisitos exigidos –por la Universidad Andina “Simón Bolívar” sede Ecuador– para su posterior vehiculización en el trabajo de campo. Esta investigación fue merecedora además de una beca –ayuda financiera– para desarrollar su elaboración con el objeto de concluir la en un lapso no mayor de noventa días, esto es, entre los meses de Agosto, Septiembre y Octubre de 2007¹⁸⁴. Sin embargo, por problemas ajenos a nuestra voluntad, y pese a haber firmado “a tiempo” el contrato de ayuda financiera –27 de Julio de 2007–, recién se nos emitió el primer pago –300 dólares– el 28 de Agosto de 2007, es decir, un mes después de la firma del contrato, por ende, un mes menos para realizar el trabajo de campo.

Indudablemente, el presupuesto para realizar la investigación de campo fue sumamente corto. Debemos considerar que tenían que realizarse encuestas y entrevistas en dos ciudades distintas del lugar donde funciona la sede universitaria, donde tenían que procurarse gastos de movilización, alojamiento, etc. Al problema del presupuesto y del

¹⁸⁴ La ayuda financiera consistía en tres pagos de un total de 1.200 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, desglosados de la siguiente forma: a) un adelanto inicial de 300 dólares; b) un pago de 300 dólares al presentar el producto del 50% de la investigación; y, c) un último pago de 600 dólares al final de la investigación.

tiempo, se presentó la dificultad en la obtención de la muestra probabilística para poder realizar las encuestas en las cárceles de Cuenca y Machala.

La cifra obtenida del censo que realizó la Dirección Nacional de Rehabilitación Social, sumada –en ambos distritos– daba una cantidad de 598 personas privadas de su libertad sin sentencia. Cabe destacar que esta oficina no tenía –y creemos que actualmente nos los tiene–, al tiempo de la investigación, la clasificación y cifra de personas privadas de su libertad por *delito flagrante*, por lo que había que obtener la muestra del único dato existente, es decir, del total de la cifra del censo. Practicamos matemáticamente la operación sugerida para la obtención de la muestra probabilística, la que nos arrojó una cifra aproximada de 370 encuestas que debíamos practicar. Una cifra muy difícil de manejar y realizar, materialmente, con el tiempo, el presupuesto y el personal con que contábamos. Asumimos el criterio de practicar las encuestas sobre una base de muestras del 10%. Hablamos de 23 encuestas en Cuenca y de 38 en Machala, cifra que nos tomó practicar en una semana en cada distrito.

Ingresar y llamar a los detenidos de las celdas para practicar las encuestas fue una tarea muy dura, sin embargo contábamos con un pasaporte: nuestro carné profesional de abogados. En la cárcel de varones de Cuenca, pese a la colaboración que nos prestaba su personal administrativo y algunos de sus guías carcelarios, los detenidos no salían de sus celdas; otros se encontraban en calidad de condenados –había que comprobar y descartar sus encuestas–; y otros, sencillamente, proponían salir si se les brindaba algún tipo de incentivo económico. Sin embargo, pese a las vicisitudes, nuestra investigación fue exitosa.

En la cárcel de mujeres de este distrito la tarea fue más fácil, gracias a la colaboración que nos prestó una detenida, quien desinteresadamente nos ayudó a llamar, sea por parlantes o personalmente, a las sus “compañeras” –detenidas– hacinadas en el patio. Aquí

tuvimos un impasse, pues aunque ya habíamos terminado de hacer las encuestas, al momento de nuestra salida, la guía carcelaria que se encontraba en la *recepción* –si podríamos llamar de alguna manera al asiento de su oficio–, encargada de retener los carnés profesionales para poder ingresar a las celdas, sin percatarse, entregó nuestro carné a otro profesional de este distrito. Sin embargo, gracias –de nuevo– a la detenida que nos ayudó llamar a las otras prisionizadas para las encuestas, obtuvimos el número telefónico del profesional y nuestro carné nos fue entregado al cabo de un par de horas. En todo ese tiempo, estábamos detenidos junto a las reas de la cárcel de mujeres de Cuenca.

En El Oro la investigación tuvo más dificultades. A nuestra llegada encontramos en acefalía el cargo de director del Centro de Rehabilitación Social de Machala –lugar donde funciona a la vez la cárcel de varones y la cárcel de mujeres. Esto impedía nuestro trabajo puesto que no existía el funcionario que nos autorizase realizar la investigación. Nos supieron informar que éste se encontraba con orden de prisión preventiva, lo que demuestra una vez más que de carcelero a encarcelado puede haber un solo paso. Aunque el personal administrativo de dicho centro carcelario se encontraba sin dirección, nos lanzamos, gracias a la colaboración del “director encargado” a realizar el segundo momento de este trabajo. Aquí la convocatoria fue más difícil, puesto que el personal administrativo no tenía estadística alguna de quienes se encontraban procesados y condenados, lo cual nos permitió conocer la “cifra gris” de los detenidos en el Ecuador: personas que no aparecen en las estadísticas. El llamamiento entonces nos ocupó más horas de las que teníamos programadas invertir. No obstante, también tuvimos la colaboración desinteresada de un prisionizado que coadyuvó a nuestra causa.

Las entrevistas no tuvieron mayor dificultad. Solo recordamos que en Cuenca, mientras practicábamos las entrevistas a los agentes de la policía judicial, de pronto y sorpresivamente uno de ellos sacó de un armario una filmadora, obviamente para grabar

nuestro rostro y el tipo de preguntas que hacíamos. En algún momento sentimos también que de interrogadores pasamos a interrogados.

Cabe destacar que lo que determina nuestra *representatividad*, más que el dato cuantitativo, fue el dato cualitativo. Al momento que practicábamos las encuestas se iba desarrollando una *interacción comunicativa* con los detenidos, pues medida que respondían las preguntas, nos contaban un poco de su vida. Desde ese momento entendimos que no estábamos tratando con números, sino con *relatos de vida*. Los datos cuantitativos –para explicar la efectividad o no de las garantías de los detenidos– constituyen una fuente Ad Hoc respecto de las entrevistas.

Por medio del presente anexo tratamos de brindarle a los resultados de la investigación un mayor sentido, pues les permite entender la situación particular de la investigación. Era importante saber cómo proceder metodológicamente y qué elementos íbamos a estudiar. Esta experiencia nos enseñó dónde *hacer el corte* –o sesgo metodológico–, aunque no hayamos sido especialistas en estadística criminal, evitando entonces asumir los datos de manera ingenua.

Cuestionario de preguntas

No. Ficha	Edad	Sexo	Ocupación	Residencia

1.- ¿Por qué delito esta preso?

2.- Al momento de su detención:

- a) Exigió la identificación del policía que lo capturó
- b) El agente que lo detuvo se identificó sin necesidad que usted se lo pida
- c) El agente que lo capturó no se identificó
- d) Omitió requerir su identificación

3.- Al momento de su detención: ¿Qué derechos le dijeron que tenía?

- a) Derecho a ser informado sobre los motivos de su detención
- b) Derecho a contar con un abogado para su defensa
- c) Derecho a comunicarse con un familiar o persona de su confianza
- d) Derecho a no declarar en su contra y/o acogerse al silencio
- e) Derecho a no ser detenido por más de 24 horas sin fórmula de juicio
- f) Derecho a contar con un recurso para salir de la cárcel
- g) Derecho a que se presuma su inocencia mientras no se demuestre lo contrario
- h) Derecho a un debido proceso legal

4.- ¿A dónde lo llevaron después de detenerlo (a)?

- a) A la Policía Judicial (PJ)
- b) Al Juez

c) Al Centro de Detención Provisional (CDP)

d) A otro lugar

5.- Una vez detenido(a) cómo lo trataron: ¿Le han proferido actos que provocaron dolor físico o mental, como consecuencia de los siguientes casos?:

a) Con la intención de someterlo a la detención, aún si haber opuesto resistencia

b) Con la intención de obtener información

c) Con la intención que declare en su contra

d) Con la intención de castigarlo

e) Con la intención de discriminarlo racial, regional o económicamente

6.- Le fue proveído un médico después de su agresión

a) Si

b) No

7.- ¿Fue obligado a declarar contra sí mismo?

a) Sí

b) No

8.- ¿Le fue permitido comunicarse con sus familiares y/o cualquier persona de su confianza después de su arresto?

a) Si

b) No

9.- ¿Le permitieron ser visitado por un familiar y/o cualquier persona de su confianza dentro de las 24 horas de su arresto?

a) Si

b) No

c) Se le permitió con restricciones

10.- ¿Le fue proveído un abogado para su defensa dentro de las 24 horas de su arresto?

- a) Contó con un defensor particular
- b) Contó con un defensor público o de oficio
- c) No contó con un defensor

11.- ¿Estuvo presente su abogado cuando lo interrogaron?

- a) Lo interrogaron con su abogado sin haber conversado previamente con el
- b) Lo interrogaron con son su abogado luego de haber conversado con el
- c) Lo interrogaron sin presencia de su abogado pero luego de haber conversado con el
- d) Lo interrogaron sin presencia de su abogado y sin haber conversado con el

12.- En su opinión: ¿cómo calificaría la actuación de su abogado?

- a) Buena
- b) Regular
- c) Pésima

13.- Desde el momento que lo detuvieron: ¿cuánto tiempo pasó hasta que vió personalmente a su juez?

- a) 24 horas
- b) 48 horas
- c) algunas semanas
- d) algunos meses
- e) No lo conoce

14.- ¿Fue visitado por un fiscal penal dentro de las primeras 24 horas de su detención?

- a) Si
- b) No

15.- Cuando le interrogaron: ¿quiénes estaban presente?

- a) Sólo agentes de la policía
- b) Policías y el fiscal

c) Policías, el fiscal y su defensor

15.- Cómo calificaría usted el régimen de convivencia en la cárcel

a) Bueno

b) Regular

c) Pésimo

Guía de entrevista (Juez Penal)

1.- ¿Dispone la comparecencia de los detenidos antes de cumplirse las 24 horas?

2.- ¿Qué disposiciones legales aplica Usted, especialmente, para tutelar los derechos de las personas detenidas?

3.- A su criterio: ¿En qué se fundamenta para disponer la medida cautelar personal de prisión preventiva?

4.- ¿Qué opinión le merecen las garantías establecidas en el Código de Procedimiento Penal y la Constitución Política del Estado?

5.- ¿Qué opinión le merece a Usted la aplicación de la prisión preventiva?

6.- ¿En que se apoya para disponer la excarcelación de un detenido?

7.- Si un detenido ha sido torturado durante su detención: ¿qué haría Usted?

8.- ¿Considera que la defensa técnica de los detenidos es eficiente?

9.- ¿Considera que el Ministerio Público actúa proporcionalmente con respecto a la defensa?

10.- ¿Cuáles serían los obstáculos para una correcta administración de justicia penal?

Guía de entrevista (Agente fiscal)

- 1.- ¿Considera que se cumplen con las garantías de los detenidos, como el no estar detenido por más de 24 horas?
- 2.- ¿Acude dentro de las 24 de la detención para entrevistarse con una persona capturada en delito flagrante?
- 3.- Antes de fenecer las 24 horas de la detención: ¿comparece a interrogar al detenido o lo hace por medio de la policía judicial?
- 4.- ¿Sobre qué criterios solicita Usted la medida cautelar personal de prisión preventiva?
- 5.- ¿Ha sugerido a los imputados someterse al procedimiento abreviado?
- 6.- ¿Considera que su actuación es proporcional con la defensa?
- 7.- ¿Permite acceder a la defensa al expediente del detenido?
- 8.- Si un detenido declara haber sido torturado: ¿Qué haría Usted?
- 9.- ¿Cómo considera la defensa técnica de los detenidos?
- 10.- ¿Cuáles serían los obstáculos para una correcta administración de justicia?

Guía de entrevista (Policía Judicial)

- 1.- ¿Se identifica usted al momento de capturar a una persona?
- 2.- ¿Informa a los detenidos de sus derechos?
- 3.- ¿Qué derechos les hace mención?
- 4.- ¿Presenta a los detenidos antes de cumplirse las 24 horas de su detención antes el juez?
- 5.- ¿Interroga a los detenidos inmediatamente después de capturarlo?
- 6.- ¿Con quienes realiza el interrogatorio?

- 7.- ¿A quien notifica primero con el parte de detención?
- 8.- ¿A qué personas permite entrevistarse con el detenido?
- 9.- ¿Cuáles son los horarios de visita para los detenidos?
- 10.- ¿Se comunica a los detenidos, en casos?

Guía de entrevista (Abogado defensor)

- 1.- ¿Cuánto tiempo tiene en el ejercicio de la profesión?
- 2.- ¿En que áreas del derecho le gusta ejercer la profesión?
- 3.- ¿Se comunica confidencialmente con su defendido?
- 4.- ¿Le es impedida u obstruida la defensa en las oficinas de juzgado, fiscalía o policía?
- 5.- ¿Tiene dificultades a acceder al expediente de su defendido?
- 6.- ¿Cuánto tiempo cree que es el necesario para realizar una buena defensa?
- 7.- ¿Considera que existe proporcionalidad en su actuación con respecto a la del fiscal?
- 8.- ¿Considera que los jueces penales tutelan las garantías de los detenidos?
- 9.- ¿Invierte de su peculio personal para la defensa de los detenidos?
- 10.- ¿Cuáles serían los obstáculos para una correcta administración de justicia?