

LITIGACIÓN ORAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN PROCESAL PENAL EN EL ECUADOR

Fernando Yavar Umpiérrez¹

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LO ORAL DEL NUEVO CPP. III. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. NOVIEMBRE DE 2007. IV. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. DE ABRIL DE 2008. V. LA INFORMALIDAD EN LA SUSTANCIACIÓN DE ESTAS AUDIENCIAS. VI. LA DISCUSIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS. VII. LA PRUEBA ILÍCITA, LA INEFICACIA PROBATORIA Y LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS. VIII. PRISIÓN PREVENTIVA SIN PETICIÓN DE LA FISCALÍA? IX. LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y LA VALIDEZ PROCESAL. X. LAS CRÍTICAS A LA RESOLUCIÓN (POR LOS CRÍTICOS DE SIEMPRE). XI. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN.

I.I. Luego de más de 6 años de aplicación del nuevo Código de Procedimiento Penal ecuatoriano, recién en noviembre del 2007 se inauguró a nivel nacional² la oralidad en las fases investigativas del

¹ Abogado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Profesor Invitado de Teoría Penal, Derecho Penal y Procesal Penal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil; Especialista en Derecho Penal y Justicia Indígena; Agente Fiscal de lo Penal del Guayas - Unidad de Delitos Misceláneos; fyavar@gye.satnet.net - www.yavar-law.com

² Debiendo tomarse en cuenta que Cuenca desde el año 2004 rompiendo esquemas inquisitivos y llegando a acuerdos interinstitucionales –no frecuentes en el país- implementó las audiencias de medidas cautelares y de formulación de cargos inspirados en la normativa internacional sobre debido proceso vigente en el Ecuador. Conf. La oralidad en las etapas previas al juicio: la experiencia de la ciudad de Cuenca en Ecuador publicado en http://www.cejamerica.org/doc/documentos/laoralidadenlasetapaspreviasaljuicio_ecuador.pdf

sistema penal. Deuda pendiente que un indolente Congreso Nacional³ no supo saldar en su momento y que debió ser pagada por iniciativa de los operadores de Justicia Penal mediante dos resoluciones de la Corte Suprema de Justicia.

- I.II. La primera resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 221 del 28 de noviembre de 2007 marca un hito en nuestra historia procesal penal, al determinar un mecanismo judicial efectivo de control de la constitucionalidad y legalidad de las privaciones de libertad (primordialmente en casos de flagrancia) de ciudadanos y extranjeros realizadas por la Policía Nacional, y al implantar una discusión ajustada a principios procesales constitucionales del debate mas importante de la fase investigativa del proceso penal: la prisión preventiva. Sus principales omisiones: ser aplicable exclusivamente a los casos penales ordinarios -en desmedro de las otras áreas penales especiales- y además marginar de este procedimiento a los delitos no flagrantes.
- I.III. La segunda resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial # 316 del 15 de abril del 2008 –complementaria de la primera, por expreso mandato de la misma- no solo subsana el error e implementa el sistema de audiencias a las áreas de tránsito, aduanera / tributaria y a adolescentes infractores, sino que además regula el procedimiento oral en los casos no flagrantes con la introducción de audiencias nuevas para la petición de detención, de prisión preventiva y de internamiento preventivo.

³ Los Congresos Nacionales que se sucedieron a la vigencia del CPP no percibieron como de vital importancia -no solo para la institucionalidad de la Función Judicial y del Ministerio Público sino para la democracia misma- que el sistema penal responda a los parámetros constitucionales que en materia procesal fija nuestra Carta Política, a la cual -por desgracia- el Código de Procedimiento Penal da la espalda en algunas de sus disposiciones aferrándose a una lógica del expediente y evitando que el sistema acusatorio adversarial termine de implementarse en nuestras prácticas. Un ejemplo claro de dicha contradicción es el segundo inciso del artículo 66 del CPP que dispone:
*“Art. 66.- Dictámenes.- El Fiscal debe formular sus requerimientos y conclusiones motivadamente, mediante un análisis prolijo de las pruebas y de los puntos de derecho. Debe proceder oralmente en el juicio y en la audiencia de la etapa intermedia **y, por escrito, en los demás casos.**”*

II. LO ORAL DEL NUEVO CPP.

II.I. Revisemos cuál era el estado en materia de oralidad dentro del procedimiento penal común antes de las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia, a saber:

*** Audiencias en los Procesos por Delitos de Acción Pública:**

- **Audiencia Preliminar:** usualmente una diligencia que dista mucho de lo que una audiencia debería ser con jueces, fiscales y/o defensores⁴ ausentes total o temporalmente⁵; cuya resolución nunca es inmediata; y, casi ningún juez suspende la audiencia para dentro de hasta 72 horas reinstalarla y leer su resolución, según lo dispone el art. 230 del CPP.
- **Audiencia de Juzgamiento:** tal vez lo más cercano a oralidad que nuestro sistema penal ofrece, aunque la aceptación que algunos Tribunales Penales hacen de copias certificadas de actuaciones previamente realizadas durante las fases investigativas como

⁴ Estadísticamente, en el 2005 se contaba con sólo 31 defensores públicos en todo el país, con una tasa de 0,26 defensores cada 100.000 habitantes. En Quito y Guayaquil, sólo trabajan con nombramiento cuatro defensores respectivamente. En Guayaquil, el Colegio de Abogados del Guayas y la Función Ejecutiva han apoyado con un grupo (lamentablemente aún insuficiente), de defensores gratuitos pero la falta de una Defensoría Pública se hace notar cada vez con más fuerza por la descoordinación que en ocasiones se suscita entre éstos y los defensores públicos de la Función Judicial.

⁵ Esto no se debe, por regla general, a que dichos funcionarios sean incompetentes o negligentes al no asistir a las audiencias o solo hacerlo por escasos momentos, sino a que el número de jueces, fiscales y defensores públicos es groseramente insuficiente para la carga de trabajo que el sistema les impone. En el caso de los jueces, dejan instaladas las audiencias y se van a seguir resolviendo otros casos (si no es que acuden a otra audiencia fijada a la misma hora -o a pocos minutos- en su despacho o en otro que le haya encargado el Consejo Nacional de la Judicatura, para a su vez a dejarla instalada). Por su parte, los Fiscales acuden un momento dicen su parte y luego se retiran corriendo a otra audiencia preliminar o de juzgamiento. Capítulo aparte lo constituyen los defensores públicos en el Ecuador -que en comparación con la cifra de fiscales son casi invisibles- son omnipresentes están en las audiencias preliminares, de juzgamiento, de estrados en las Salas y además deben llevar causas civiles, laborales, de niñez y adolescencia, entre otras; es obvio, que esto solo lo pueden hacer al dedicarse con preponderancia a las audiencia de juzgamiento -de las que no se pueden retirar- y yendo a las audiencias preliminares que alcancen o solo firmando las actas de "audiencias" previamente hechas por amanuenses o auxiliares de los despachos -con toda la violación al sentido mismo del concepto de audiencia que esto representa.

versiones⁶, resoluciones de instrucción fiscal, dictámenes o hasta providencias del juzgado que sustanció las etapas previas para sustentar las posiciones de la Fiscalía o de la Defensa dejan mucho que desear. No existe sentencia que leer ni siquiera luego de un par de horas de terminada la audiencia, por cuanto debe transcribirse lo actuado para hacer el acta, y después elaborar la sentencia, hacerla circular, hacer las correcciones, etc., lo que puede tomar un par de semanas.⁷

*** Audiencias en Procedimientos Especiales:**

- **Procesos por Delitos de Acción Privada:** La único oral es la *Audiencia de Conciliación* prevista en el art. 372 del CPP, la misma que no amerita ninguna resolución inmediata –salvo que las partes llegaren a un acuerdo–, aunque bien podría hacerlo el Juez al declarar la nulidad de todo lo actuado en caso de acciones penales prescritas (o de alguna otra forma extinguidas) e incluso si el hecho fuera delito de acción pública o no se hubiera cumplido con un requisito de procedibilidad al tratarse de delitos cometidos mediante medios de comunicación social.
- **Procedimientos Abreviados:** el segundo inciso del art. 370 del CPP señala que: *“El juez debe oír al imputado y dictar la resolución que corresponda, sin más trámite. Si lo considera*

⁶ No para revelar contradicciones –lo cual es legítimo–, ni siquiera para suplir la ausencia de un testigo, agente policial investigador o perito –práctica intolerable a la luz del principio de contradicción–, sino que junto con el testimonio de éstos se presenta la copia certificada de su actuación para que se ratifique en la misma. En mi experiencia personal como fiscal, en una audiencia un defensor presentó copias certificadas en el sentido anotado ante lo cual objete su presentación –en un sistema adversarial las objeciones no solo son útiles contra preguntas ilegales, sino contra toda forma de introducir información contraria a la Ley o la Constitución. Obviamente, la objeción fue negada por no tratarse de una pregunta. Al finalizar la audiencia el Presidente del Tribunal Penal me dijo que él no podía negar ninguna prueba y que todas las analizaría en sentencia. La Fiscalía descansa ...

⁷ En esto nada varió las prácticas del viejo y nuevo CPP. Lo curioso es que el art. 306 del nuevo CPP plantea que “luego de la deliberación, el tribunal dictará la sentencia, pero podrá suspender su pronunciamiento para el día siguiente”. Esto puede ser interpretado de acuerdo al principio de oralidad en el sentido de que el Presidente del Tribunal Penal bien podría luego de la deliberación convocar a las partes y emitir la sentencia de forma oral –cumpliendo con los primeros 5 numerales del artículo 309 del CPP –, sin perjuicio de la elaboración posterior del acta de la audiencia y de la sentencia escrita que será notificada a las casillas judiciales. Así existirá un verdadero

necesario puede oír al ofendido o al querellante.” Esto ha sido interpretado como una audiencia, pero en la (lamentablemente escasa) práctica de este tipo de procedimientos, el Juez suele tener muy poco control sobre el conocimiento que el imputado tiene de la naturaleza del procedimiento abreviado y de sus consecuencias, ya que en ocasiones se hace sin la presencia del imputado⁸ (y a veces hasta del juez⁹), difiriendo además –sin tener norma legal que lo faculte– la resolución a días posteriores.

*** Audiencias en los Procesos por Contravenciones:** si hay algo que quedó intacto con la vigencia del CPP fue el proceso penal contravencional, permitiendo que un Juez Instructor¹⁰ ejerza la acción y la jurisdicción (sin Fiscal alguno) -y con un derecho penal sustantivo anacrónico¹¹ con mucha dosis de “protección de la moral”, objetivo no aceptado para las infracciones penales, las cuales solo pueden proteger bienes jurídicos. Las audiencias previstas en los art. 397 y 406 del CPP carecen de la lógica adversarial del sistema acusatorio por completo.

II.II. En resumen, la gran mayoría de las decisiones importantes en el proceso penal ecuatoriano no han tenido como antecedente -ni han sido tomadas en- una audiencia, y las decisiones que la tuvieron como antecedente tampoco fueron resueltas en la misma audiencia sino días o semanas después. Este era el panorama desolador en materia de oralidad que regía en nuestro procedimiento penal hasta noviembre de 2007¹².

⁸ Siendo representado por su abogado.

⁹ Por las mismas razones explicadas en la audiencia preliminar.

¹⁰ Perteneciente a la Función Ejecutiva en clara violación al principio de unidad jurisdiccional.

¹¹ Que hasta sanciona estar parado en la esquina sin hacer nada (Código Penal art. 606 numeral 12).

¹² Por desgracia, la vigencia de las resoluciones que a continuación se analizarán no solucionaron ninguno de los problemas mencionados en este punto, a pesar de tener incidencia directa en el éxito de las nuevas audiencias –como lo es el número de jueces, fiscales y defensores públicos. Estos problemas requieren ser afrontados con cambios de actitud de los operadores de justicia penal, cambios (léase aumento y significativo) de los presupuestos de las instituciones vinculadas al sistema penal y cambios legales.

III. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. NOVIEMBRE DE 2007.

III.I. Publicada en el Registro Oficial # 221 del 28 de noviembre de 2007 e inspirada en los principios dispositivo, de oralidad, de concentración e inmediación, esta resolución determina que en los casos de privaciones de libertad por orden judicial, por delitos flagrantes o por detenciones arbitrarias el juez penal de turno es el competente para resolver su situación jurídica.

III.II. Revisemos los 3 tipos de casos de privaciones de libertad señalados en la Resolución:

- **por orden judicial:** en los casos en que se dictare la detención de una persona como medida cautelar personal pre-procesal en aplicación del art. 164 del CPP, dentro de las 24 horas posteriores a su detención deberá ser puesto a orden del juez penal de turno. Planteemos algunos escenarios posibles:
 - o El Fiscal pide la detención para tomarle la versión al sospechoso renuente a acudir a la Fiscalía. Se la recepta y no encuentra mérito para iniciar instrucción fiscal en su contra. Deberá acudir a la audiencia y expresar al Juez competente su deseo de continuar con la Indagación Previa abierta y que el detenido recupere su libertad.
 - o El Fiscal pide la detención para la práctica de una pericia que requiere necesariamente la presencia del sospechoso renuente a acudir a la Fiscalía. Se la practica pero no cuenta con los resultados de la misma dentro de las 24 horas y carece de elementos de convicción suficientes para iniciar instrucción fiscal en su contra. Deberá acudir a la audiencia y expresar al Juez competente su deseo de continuar con la Indagación Previa abierta y que el detenido recupere su libertad, sin perjuicio de posteriormente iniciar una instrucción fiscal.
 - o El Fiscal pide la detención para tomarle la versión al sospechoso renuente a acudir a la Fiscalía o para la práctica de una pericia que requiere necesariamente de su presencia. Se la recepta o se practica y encuentra mérito para iniciar instrucción fiscal en su contra. Deberá acudir a la audiencia y dictar la instrucción fiscal, debiendo analizar si pide o no prisión preventiva en su contra.

- **por delitos flagrantes:** hay que tener muy claro que el art. 162 del CPP define al delito flagrante como *“el que se comete en presencia de una o más personas o cuando se lo descubre inmediatamente después de su comisión, si el autor es aprehendido con armas, instrumentos, huellas o documentos relativos al delito recién cometido”*. Por ende, solo si nos encontramos en algunos de estos dos casos podemos hablar de delito flagrante. En estos supuestos no es necesaria orden judicial para privar de su libertad al presunto partícipe, pero no puede permanecer sin formula de juicio por más de 24 horas, en atención al art. 24 numeral 6 de la CPR.

En los delitos flagrantes, la Fiscalía debe trabajar rápidamente para que en las primeras horas pueda recopilar los principales elementos de convicción, como lo son la versión del ofendido, del aprehensor y de uno o más testigos (si los hubiere), el reconocimiento de las armas, instrumentos, huellas u objetos del delito, reconocimientos médico – legales, etc., entre otras, dependiendo del tipo de delito.

El éxito en la rápida recolección de las evidencias citadas será el factor primordial en dos decisiones del Ministerio Público:

- o La de iniciar una instrucción fiscal o de continuar con la investigación pre-procesal; y,
- o La de pedir prisión preventiva, en caso de haber dictado la instrucción fiscal.

- **por detenciones arbitrarias:** es cualquier privación de libertad sin orden judicial y que no se trate de un delito flagrante. Se trata de prácticas policiales divorciadas de la legalidad que los Jueces deben rechazar de plano; y si un Fiscal pretende validar la actuación antijurídica de los miembros de la Fuerza Pública del mismo modo el Juez deberá hacer prevalecer el derecho.

Analicemos un ejemplo de este caso: Juan Perez ha sido “aprehendido” por un Policía del Servicio Urbano ante la insistencia de Carlos Molina, quien aduce haber sido víctima de Pérez al haberle robado su celular la semana pasada. El Fiscal luego de recibido el parte de “aprehensión”, recepta la versión del ofendido y del aprehensor y acude al Juzgado a hacer la audiencia. En primer lugar, el Juez califica el hecho como no flagrante y la privación de libertad como arbitraria por parte de la Policía,

disponiendo la libertad del “aprehendido”, pero le aconseja al mismo que no se retire para que escuche qué decisión toma la Fiscalía respecto de su caso. El Fiscal inmediatamente dicta instrucción fiscal y pide la prisión preventiva en base de los elementos de convicción relatados. El Juez tiene dos opciones: o avaliza la detención arbitraria, dictando la prisión preventiva¹³ o manda un mensaje claro a la Policía y a la Fiscalía contra la ilegalidad y arbitrariedad del poder punitivo rechazando la petición de prisión preventiva del Ministerio Público.

III.III. En estos casos, el Juez Penal de Turno será el Juez competente de forma definitiva para conocer y sustanciar hasta la etapa intermedia, lo cual es contrario a los artículos 21 numeral 1¹⁴ y 26¹⁵ del CPP que disponen la competencia por prevención, sin embargo, como lo analizaremos más adelante, la celebración de las audiencias no generan nulidades procesales.

III.IV. *Quiénes deben acudir a la audiencia?* El agente Fiscal, el detenido y su defensor público o privado. *Hay necesidad que alguien más acuda a la audiencia?* Formalmente no, pero dependerá del criterio Fiscal decidir si necesita de la presencia de un testigo importante como puede ser la víctima o el aprehensor (incluso para aclarar su propio parte de aprehensión, que en ocasiones son, por decir lo menos, confusos). *Puede la defensa llevar algún*

¹³ De nada habrá servido haber declarado que la privación de libertad fue arbitraria si a los pocos minutos lo vuelve a privar de su libertad ahora mediante orden judicial. El precedente sería desastroso porque la Policía comenzaría a detener a todo sospechoso, sin importar si se trata de un hecho flagrante o no; ya que los jueces legitimarían su inconstitucional accionar de forma implícita al conceder prisiones preventivas en casos de privaciones de libertad que han tenido un inconstitucional e ilegal antecedente.

¹⁴ **CPP art. 21.- Reglas de la competencia territorial.-** En cuanto a la competencia de los jueces y tribunales penales, se observarán las reglas siguientes:

1.- Hay competencia de un juez o de un tribunal penal cuando se ha cometido la infracción en la sección territorial en la que ese juez o tribunal ejerce sus funciones. **Si hubiere varios de tales jueces, la competencia se asignará por sorteo, de acuerdo con el reglamento respectivo;**

¹⁵ **CPP art. 26.- Comunicación al Juez.-** El Fiscal que como resultado de la indagación preprocesal o por cualquier otro medio hallare fundamento para imputar a persona determinada la participación en un delito de acción penal pública, iniciará la instrucción conforme a lo previsto en el artículo 217 y lo comunicará de inmediato al juez penal competente. **Si hay varios jueces, el Fiscal acudirá al juez determinado mediante sorteo.**

medio probatorio a la audiencia? Claro que si, la defensa del sospechoso (que se convertirá en imputado) puede estimar necesario llevar un testigo que servirá de coartada y que la Fiscalía no lo conoce o lo ha desestimado como merecedor de credibilidad por alguna razón. La Teoría del Caso se comienza a elaborar en estos momentos iniciales y en tal virtud, las destrezas de litigación ya pueden ser puestas en práctica.

Veamos un caso que puede generar polémica: El Fiscal en un caso de delito flagrante ha decidido dictar instrucción fiscal contra 2 personas y una de ellas se encuentra asilada en un centro de salud por una herida recibida en el enfrentamiento con la Policía al ser aprehendida. *Puede hacerse la audiencia en ausencia de uno de los imputados?* Esta resolución no resuelve el problema y en la práctica durante meses se generó variadas respuestas, como la de dictar la instrucción fiscal por escrito, trasladarse hasta el centro de salud para que el imputado este presente en la audiencia¹⁶, entre otras, pero la segunda resolución de abril del 2008, dio por terminado el conflicto al permitir que el defensor público o privado represente al detenido en la audiencia en caso de ausencia.

III.V. El Juez deberá celebrar la audiencia dentro de las 24 horas en que hubiere sido detenido el sospechoso. La gran mayoría de los casos cumplen este plazo fatal. Pero pongamos un ejemplo de un caso en que no fuere así:

El Juez debido a sus múltiples ocupaciones o por un traspapeleo del parte convoca a audiencia pasadas las 24 horas de la privación de libertad. Hasta ese momento el detenido no ha sido sujeto de instrucción fiscal, justamente porque en la audiencia es que debe dictársela de forma oral. La Fiscalía se corre grandes riesgos al acudir a esa convocatoria: primero, es muy probable que el detenido recupere su libertad, a pesar de todos los esfuerzos

¹⁶ Y qué hacer cuando existen 2 imputados en casas de salud distintas? Trasladamos a uno para hacer la audiencia en el hospital del otro? Y si se muere en el camino ese imputado? A quién podrían demandar los parientes del occiso? A la Función Judicial? A la Fiscalía? A la Policía? Las preguntas parecen no terminar nunca en este caso.

investigativos del Ministerio Público¹⁷; segundo, ahora si podemos hablar de trasgresión no solo del articulado de la resolución sino además de la Constitución y la Ley, lo cual puede generar posteriores declaratorias de nulidades. *Que hace ese fiscal?* Este no es un caso previsto en la resolución y no creo tener la respuesta acertada pero debo reconocer que algunos fiscales han realizado la audiencia aún habiendo transcurrido las 24 horas de privación de libertad, otros han preferido enviar por escrito la resolución, las respuestas de los jueces tampoco han sido unívocas, unos han aceptado los pedidos de prisión preventiva¹⁸ y otros los han negado dejando en libertad a los ya imputados.

III.VI. *Como se sustancia la audiencia?* Una vez que se verifica la presencia de los sujetos procesales citados en el punto IV, se da inicio a la audiencia con la lectura del parte de aprehensión, respecto del cual el Juez le pide al sospechoso que diga lo que considere necesario para su defensa respecto al contenido del mismo. En este punto aún no hay consenso entre todos los jueces, uno solo hacen leer el parte, otros –en un afán garantista– hacen leer todo, incluyendo denuncia, versiones, etc., lo cual dilata la audiencia pero permite que el aprehendido y su defensor tenga un conocimiento exacto del caso¹⁹. *Como solucionar esta eventual dilación de la audiencia?* Confiriéndole al defensor de forma previa a la audiencia copias certificadas de todo el expediente investigativo de la Fiscalía, así no habrá sorpresas y la defensa puede renunciar a la lectura por ya conocer el caso del Ministerio Público, recordemos que siendo la lectura del documento que contiene la noticia del delito un procedimiento dirigido a garantizar el derecho a la defensa del sospechoso, éste puede renunciar al mismo.

¹⁷ No sería justo que el Juez declare la caducidad de la detención e inmediatamente dicte la prisión preventiva a petición de la Fiscalía. La libertad como derecho habría sido pisoteada.

¹⁸ En muchas ocasiones la presión mediática ha llevado a jueces a hacer caso omiso de las disposiciones constitucionales y legales concediendo medidas cautelares no solo en casos como el descrito sino aún ante detenciones arbitrarias.

¹⁹ Por desgracia, en reiterados casos los defensores públicos desconocen por completo el contenido del expediente de la Fiscalía hasta el inicio de la audiencia.

Inmediatamente después el Juez consulta al sospechoso sobre el cumplimiento de la normativa del debido proceso al momento de su aprehensión; es importante que los titulares de los órganos jurisdiccionales penales realicen esta averiguación de forma simple, sencilla y sin ritualismos jurídicos, por ejemplo: no puede un Juez preguntar *se han respetados sus derechos constitucionales y legales?* (!) es evidente que muchos de los detenidos no sabrán de qué le están hablando. Es mucho más eficiente preguntar si se le informó de su derecho a un abogado, a guardar silencio, etc.

Luego de lo cual, el Juez *debe calificar la flagrancia*, este es un momento muy importante que no puede omitirse ya que si se trate de una detención arbitraria esa persona deberá ser puesta inmediatamente en libertad, sin perjuicio de continuar la audiencia.

Posteriormente, se le concede la palabra al fiscal quien tiene dos opciones: dicta la instrucción fiscal o continúa con la Indagación Previa, en cuyo caso debe el Juez disponer la libertad del detenido. Si se dicta la instrucción fiscal hay varios puntos que deberá tomar en cuenta el fiscal: primero, en aplicación del art. 217²⁰ del Código de Procedimiento Penal cumplir con todos los requisitos de una instrucción²¹; segundo, tipificar correctamente la infracción^{22 23}; y si fuere del caso y lo estima necesario, petitionar la prisión preventiva en contra del imputado.

²⁰ **CPP art. 217.- Inicio de la Instrucción.-** ...

La resolución del Fiscal contendrá:

- 1) *La descripción del hecho presuntamente punible;*
- 2) *Los datos personales del imputado;*
- 3) *Los elementos que le han servido de sustento para hacer la imputación;*
- 4) *La fecha de inicio de la instrucción; y,*
- 5) *El nombre del Fiscal a cargo de la instrucción. ...*

²¹ Particular importancia tiene la de exponer adecuadamente los elementos de convicción con los que se cuenta, para justificar peticiones de medidas cautelares y para guardar conformidad con el hecho y el tipo penal imputado.

²² Esto implica un manejo excelente de los elementos constitutivos de los delitos para hacer una exposición técnica – jurídica de la verificación de la tipicidad, al adecuarse perfectamente la conducta del imputado al hecho descrito en la norma.

²³ Más adelante revisaremos los efectos de una mala tipificación de la Fiscalía al momento de la audiencia.

En este momento el Juez debe avocar conocimiento de la Instrucción Fiscal y las partes procesales se entienden notificadas de la misma por su presencia en la audiencia. Se concede la palabra al defensor para que alegue respecto de los fundamentos de la instrucción fiscal y de la petición de prisión preventiva, en caso de haberla realizado el Ministerio Público. Una vez escuchada su exposición, el Juez deberá resolver de forma oral pero motivada si concede o no la prisión preventiva solicitada, con lo que se da por terminada la audiencia.

III.VII. El secretario del Juzgado deberá hacer un acta sucinta de las intervenciones de los presentes y de las resoluciones del agente fiscal y del juez. El que el acta sea sucinta implica obviamente que no es una transcripción textual de lo que se dijo pero tampoco es un resumen mal hecho como ya ha ocurrido en algunos juzgados en los que ni la instrucción fiscal ni los fundamentos del juez para conceder o negar la prisión preventiva son recogidas con claridad²⁴, lo cual afecta la pretensiones de las partes al momento de impugnarlas ante el juez ad-quem. Dicha acta deberá ser impresa pocos minutos después de finalizada la audiencia para que sea firmada por las partes, siendo obligatorio que conste la firma del representante del Ministerio Público si decide hacer instrucción fiscal.

III.VIII. La propia resolución establece la posibilidad de practicar procedimientos abreviados, respecto de lo cual, es necesario plantear ciertas puntualizaciones sobre el mecanismo para adecuar los artículos 369 y 370 del CPP a las audiencias de medidas cautelares, a saber:

- El Representante del Ministerio Público debe dictar la Instrucción Fiscal y solicitar la medida cautelar personal, si la estima necesaria, previo a que se proponga la práctica del procedimiento abreviado.

²⁴ Otro punto importante para el caso de la Fiscalía que muchas veces se omite incluir en las actas son los reconocimientos que las víctimas hacen de los imputados como los autores de la infracción que se investiga y que se hace en la misma audiencia a petición del Fiscal.

- No hay necesidad de presentar por escrito la petición de procedimiento abreviado, tal como lo exige el primero inciso del art. 370 del CPP, ya que la petición deberá ser realizada de forma oral.
- El Juez debe en la misma audiencia resolver la petición, ya sea aceptando o negando el procedimiento abreviado²⁵.
- Si el Juez lo acepta, luego de dictar la sentencia de forma oral, da por terminada la audiencia, debiendo emitir a la brevedad posible la sentencia escrita.
- Si el Juez lo niega (habiendo escuchado previamente al imputado y su defensor), debe expresarlo de forma oral en tal sentido, se dará por terminada la audiencia y se continuará con el proceso según el trámite ordinario.

III.IX. *Puede sustituirse o suspenderse por caución la prisión preventiva en la audiencia de medidas cautelares?* Efectivamente, en aplicación del principio de concentración -en los casos en que sea procedente- el Juez puede sustituir la prisión preventiva en atención al art. 171 del CPP o suspenderla por caución de acuerdo al art. 174 y siguientes, ibídem. Particular polémica genera en este tipo de instituciones la costumbre judicial de exigir del imputado los Certificados de los Tribunales Penales de no tener Antecedentes Penales para acreditar que no se encuentra en la prohibición prevista en el art. 175 numeral 2 del CPP, lo cual, se estima como contrario a la presunción de inocencia determinada en el art. 24 numeral 7 de la CPR, siendo obligación de la Fiscalía acreditar la existencia de dichos antecedentes para oponerse a la sustitución o suspensión de la prisión preventiva. Sin embargo, hasta que exista un consenso en la Función Judicial y en el Ministerio Público sobre este tema, la falta de los certificados

²⁵ En mi experiencia personal, he celebrado dos audiencias de medidas cautelares que terminaron con procedimientos abreviados. Y a pesar de que el Juez no resolvió en audiencia (solo escuchó la petición de la Fiscalía y la aceptación que hizo el imputado del acto atribuido con la acreditación de su defensor de haber sido libre su consentimiento, para luego disponer que emitiría su resolución en los próximos días) estimo que es un avance ya que significó una salida alternativa al proceso penal que descongestionó con rapidez dos casos del sistema en un mismo día. Sin embargo, lo deseable es que el Juez -independientemente de la notificación de la sentencia escrita- emita oralmente la sentencia, aplicando los principios que inspiran la resolución.

mencionados dilatará la libertad de los imputados cuando procedan las instituciones referidas.

III.X. Si se presentaren apelaciones por la Fiscalía o Defensa de las medidas cautelares negadas o aceptadas, respectivamente, en base de los artículos 172 y 343 numeral 4to. del CPP éstas deberán ser realizadas por escrito y de forma fundamentada, de acuerdo al art. 344, *ibídem*. En mi criterio, debido a la falta de fidelidad de lo dicho en audiencia en relación a lo que se hace constar en las actas sucintas de los secretarios de juzgados, lo óptimo es que el recurso se siga presentando por escrito para que el Tribunal de Alzada conozca en detalle los fundamentos de la oposición a la resolución del juez a-quo.

Hubiera sido acertado introducir en la misma resolución una audiencia en los recursos de apelación de medidas cautelares aceptadas o negadas ante la Presidencia o Salas de lo Penal, Tránsito y Colusorios de Cortes Superiores de Justicia, en un plazo máximo de 5 días y que en la misma audiencia (luego de una breve deliberación entre los Ministros Jueces²⁶) se resolviera si se confirmaba o se revocaba la decisión del Juez Penal.

III.XI. Esta resolución también será aplicable a los *casos de funcionarios públicos con fueros* distintos al ordinario, debiendo aplicarla los respectivos Presidentes de Corte Superior y/o Salas de lo Penal, Tránsito y Colusorios de Cortes Superiores o de la Corte Suprema de Justicia, dependiendo del caso, de acuerdo a las reglas reformadas del Procedimiento en casos de Fuero incorporadas al Código de Procedimiento Penal por la Ley 2006-33, publicada en el R.O. # 238 de fecha 28 de Marzo del 2006.

IV. LA RESOLUCIÓN DE LA C.S.J. DE ABRIL DE 2008.

IV.I. Tomando en cuenta que existían imputados por otros delitos (los no flagrantes) y en otras áreas penales²⁷ cuyas libertades se

²⁶ Y que incluso de haber voto salvado, dicho Magistrado también haga su exposición de forma oral.

²⁷ Siendo el caso más alarmante el área de Tránsito donde el derecho a no ser privado de su libertad sin orden judicial (por ser delito flagrante) por más de 24 horas sin fórmula de

encontraban siendo restringidas en contradicción a los mandatos constitucionales y de los tratados internacionales vigentes en Ecuador en materia de debido proceso, la Corte Suprema de Justicia determinó que no podían ser discriminados del avance que la anterior resolución significó para el proceso penal en el país y emitió una segunda resolución en la que configuró audiencias para toda petición pre-procesal (detención) y procesal (prisión preventiva – internamiento preventivo) de privación de libertad, calificándola de complementaria a la emitida en noviembre de 2007 y ampliando su campo de vigencia a las áreas de tránsito, aduanero/tributario y adolescentes infractores.

- IV.II. El Derecho Procesal Penal de Tránsito en Ecuador se encuentra regulado principalmente (aún) por la Ley de Tránsito y Transporte Terrestre y por la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial # 192, de fecha 17 de octubre de 2003.
- IV.III El Derecho Procesal Penal Aduanero y Tributario se rige principalmente por la Ley Orgánica de Aduanas y por el Código Tributario, respectivamente, así como por la Resolución de la Corte Suprema de Justicia # 1 publicada en el Registro Oficial # 431 del 12 de Octubre del 2001.
- IV.IV El Régimen de Adolescentes Infractores encuentra su normativización en el Libro Cuarto del Código de la Niñez y Adolescencia vigente desde el año 2002.
- IV.V. Ninguna de las tres áreas contaba con un régimen de audiencias de medidas cautelares ni en delitos flagrantes ni en los no flagrantes, de ahí la importancia trascendental de ambas resoluciones al transparentar la delicada decisión de privar a una persona de su bien jurídico máspreciado después de la vida: la libertad.
- IV.VI. En los casos de delitos no flagrantes, las peticiones de detención, de prisión preventiva y de internamiento preventivo realizadas

juicio era prácticamente inexistente, transcurriendo días y hasta semanas sin que se resolviera la situación jurídica de dichos presuntos infractores.

por Fiscales o Procuradores de Adolescentes Infractores, respectivamente, se deberán hacer por escrito, ingresándolas a sorteo junto con copias certificadas del expediente, asumiendo el Juez sorteado la competencia de forma definitiva.

V. LA INFORMALIDAD EN LA SUSTANCIACIÓN DE ESTAS AUDIENCIAS.

V.I. Hay algo fundamental en este tipo de audiencia que rompe todos los esquemas vigentes en nuestra realidad forense oral²⁸: *la informalidad de su sustanciación*. Con informalidad no me refiero a que el juez o las partes pueden hacer lo que quieran durante la celebración de las audiencias sino a que el Juez –sin afectar al principio dispositivo- puede indagar la veracidad de las aseveraciones de las partes (en ocasiones a peticiones de éstas²⁹) interrumpiendo a la Fiscalía o a la Defensa para que le aclare algún punto de sus exposiciones.

V.II. Señalemos unos ejemplos de esta mecánica, a saber:

- CASO 1: el Fiscal al puntualizar los elementos de convicción que sustentan su instrucción refiere contar con copias certificadas de determinado documento siendo interrumpido por la Defensa (encontrándonos aún en la fundamentación de la instrucción fiscal) al acotar que solo cuenta con copias simples del mismo, lo cual es indagado por el Juez a la Fiscalía, quien acepta su error y rectifica su exposición en tal sentido. En la concepción tradicional (extremadamente ritualista y formalizada) que tenemos de las audiencias esta información recién hubiera sido contradicha al finalizar su exposición la Fiscalía.
- CASO 2: El Fiscal aduce contar con una víctima que reconoce al imputado como autor en un delito de robo con violencias y la Defensa lo interrumpe para contextualizar que el supuesto ofendido ve al imputado por escasos segundos, en un callejón

²⁸ Y que es parte fundamental de su éxito en el control de la legalidad de las pretensiones de las partes.

²⁹ De hecho, en el sistema de procedimiento criminal anglosajón (del que se inspira este tipo de audiencias) es común que las partes se interrumpan entre ellas mientras exponen sus casos, las evidencias que los sustentan o en otro tipo de argumentaciones.

oscuro en horas de la noche, que las violencias (herida con arma blanca) las recibió justamente en los ojos produciéndose sangrado en los mismos, todo lo cual afectaba su visibilidad, y que la zona del hecho es conocida como sitio de expendio de drogas por lo que se presume que el ofendido se encontraba en ese lugar para comprar drogas (atacando su credibilidad). En este momento el Juez mira al Fiscal³⁰ para que rechace o confirme las aseveraciones de la defensa y éste no niega estas críticas.

V.III. Estos ejemplos revelan con claridad como en base de la informalidad de estas audiencias las partes pueden interrumpirse o puede ser interrumpidas por el Juez, cuando exista contradicción en un punto de hecho o de derecho, o si el Juzgador requiere que le aclaren algún tópico oscuro. El objetivo de la informalidad es lograr depurar de la mejor forma posible la información que le llega al juez a efecto de que sus decisiones sean lo más ajustadas a derecho posible.

V.IV. La informalidad le da velocidad a la audiencia. En estos primeros meses de vigencias de las resoluciones aún Jueces, Fiscales y Defensores no se acoplan al tipo de informalidad que estas audiencias demandan, es por esto que nos encontramos con audiencias que demoran una hora o más. Solo el tiempo (y la adecuada capacitación) nos pulirá en la correcta aplicación de las destrezas de litigación en estos primeros momentos orales en fases investigativas del procedimiento penal.

VI. LA DISCUSIÓN DE LA PRISION PREVENTIVA EN LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS.

VI.I. Una mención aparte requiere la discusión sobre la prisión preventiva en las audiencias orales en etapas investigativas en su sistema acusatorio oral. Respecto de lo cual, hay que empezar señalando que es el Libro Tercero del Código de Procedimiento

³⁰ La mirada del Juez a una parte mientras la otra expone su pretensión es un importante mecanismo de constatación de la veracidad de lo manifestado, si no se objeta o rechaza lo que el otro dice, el Juez asume como verdadera la información que va ingresando en la audiencia.

Penal (CPP) el que regula lo relativo a las medidas cautelares que **pueden** ser aplicadas en los procesos penales.³¹

VI.II. Vale la pena antes hacer un intento por aproximarnos a su significado y sus objetivos, finalidades o funciones (más allá de los legales). Comencemos por distinguir que la medida cautelar no es pena. No es ni una pena anticipada (*sin juicio, sin prueba y sin sentencia*) ni tampoco es una medida de seguridad contra la peligrosidad criminal³².

VI.III. La pena, entendida como la sanción aplicable al infractor imputable de la norma penal, será aplicada una vez que el Tribunal Penal³³ (o la Sala de la Corte respectiva en los casos de fuero) dicte sentencia condenatoria. Tal vez en este momento tengamos algún tipo de confusión, ya que siempre hemos entendido que el estado jurídico de inocencia se quiebra o se vence a través de una sentencia condenatoria ejecutoriada, y la sentencia que emite el Tribunal Penal no necesariamente será la última en un proceso determinado ya que la misma puede ser impugnada en los casos y formas que establece la ley procesal penal. Por lo menos eso es lo que nos revela el art. 24 num. 7 de la CPR, así como el art. 1 del CPP (y hasta el más elemental instinto jurídico).

Desgraciadamente esa confusión filosófica penal nos las da nuestra propia Corte Suprema de Justicia durante la vigencia del anterior CPP al definir a la prisión preventiva como *“el hecho material de privación de la libertad de una persona sindicada, ordenada por el juez competente durante el sumario, conforme lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Penal, u ordenada en el auto de apertura al plenario según lo dispuesto por el artículo 253 de dicho Código. En ambos casos, la prisión preventiva deja de ser tal cuando se absuelve al procesado o cuando se le impone pena de prisión correccional o pena de reclusión, pues en estos*

³¹ Y repito pueden, no deben, ya que la imposición de una medida cautelar –sobre todo las privativas de libertad– debería ser excepcional y se deberían priorizar las medidas sustitutivas señaladas en el art. 171 CPP.

³² FOSCHINI, Gaetano, La cautela penali, en Scuola Positiva, 1956, p. 149.

³³ En los casos de procedimientos abreviados también lo puede hacer el Juez Penal.

casos se transforma en condena, aunque estuviere pendiente consulta o recurso".³⁴

- VI.IV. *Que una persona sea inocente no significa que no se le pueda aplicar una medida cautelar*, tanto es así que la misma CPR establece requisitos para se produzca el encarcelamiento preventivo (art. 24 num. 6.- "Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, ..."), asimismo en el art. 93 CPR al regular la institución del hábeas corpus, refiere que "toda persona que crea estar *ilegal-mente privada de su libertad*, podrá acogerse al hábeas corpus", lo cual significa, a contrario sensu, que existe forma de estar legal-mente privado de la libertad.
- VI.V. Las medidas cautelares son determinadas injerencias en la esfera individual de un hombre inocente con objetivos procesales. *Injerencias en la esfera individual*, porque dichas medidas restringirán un bien jurídico: libertad, propiedad, etc. *De un hombre Inocente*, porque ese estado solo se diluirá con una sentencia condenatoria, y la imposición de la medida cautelar es obviamente anterior a la expedición de esa sentencia. *Con objetivos procesales*, es quizás esto lo más importante del concepto, porque nuestra cultura jurídico - penal latinoamericana de marcada raigambre autoritaria plasmada en la cotidiana práctica forense, nos han llevado a endilgarle a las medidas cautelares los objetivos o fines de las penas (ya sea retributivos, preventivos – generales o preventivos especiales). Cultura en la que, a criterio de CAFFERATA NORES, "*bastante tiene que ver la deformada percepción (o convicción) de que la instrucción (investigación penal preparatoria) es la parte central del proceso, que el juicio es un etapa cuasi-decorativa y que la sentencia definitiva cuando llega (en lo que no hay demasiado interés) llega tarde, mal o nunca*".³⁵

³⁴ Resolución de la Corte Suprema de Justicia No. 000. RO/ 245 de 30 de Julio de 1999.

³⁵ CAFFERATA NORES, José, *Cuestiones Actuales sobre el Proceso Penal*, 2000, Córdoba – Argentina, p. 202.

- VI.VI. Las medidas cautelares son una parte de lo que se conoce en doctrina procesal penal como *medidas procesales coercitivas*. Estas tienen un espectro mas amplio que las medidas cautelares reales y personales que nos refiere el artículo 160 CPP, ya que aparte de ellas también encontramos otras como:
- 1.- El uso de la fuerza pública para:
 - a) evitar que cualquier persona se retire del lugar o salga del local en donde se cometió la infracción, hasta que se practiquen los actos procesales que sean urgentes y necesarios (arts. 108 y 216 num. 5 CPP),
 - b) hacer que el denunciante o un tercero concurra a la Fiscalía para que colabore con la investigación o preste su testimonio ante un órgano jurisdiccional penal (arts. 216 ult. inc., 123 y 273 CPP);
 - 2.- El allanamiento de domicilio (que a pesar de encontrarse regulado dentro del Libro Tercero no es considerado como una medida cautelar). (art. 194 y ss. CPP)
 - 3.- La retención, apertura, interceptación y examen de la correspondencia epistolar, telegráfica, telefónica, cable-gráfica, por télex o por hecha cualquier otro medio de comunicación. (arts. 150 y ss. CPP)
 - 4.- Interceptación y grabaciones de conversación telefónicas o de otro tipo (art. 155 CPP).
 - 5.- En materia penal ambiental, de acuerdo al art. 437-K CP, el juez penal puede ordenar la suspensión inmediata de la actividad contaminante, así como la clausura definitiva o temporal del establecimiento de que se trate.³⁶

³⁶ A pesar de que el referido artículo califica estas medidas como cautelares, el mismo es anterior al nuevo CPP que en su art. 160 hace una enumeración taxativa, y si bien se les pudo haber pasado a los codificadores incluirlas como una de ellas, al no hacerlo por lo menos quedan en el espectro de las medidas procesales coercitivas. Valga la pena para comentar lo grave de la medida de clausura definitiva de un establecimiento ante una presunción de comisión de delito ambiental, lo cual es flagrantemente contrario a la presunción de inocencia (art. 24 num 7 CPR), entre otros derechos fundamentales. Ante una petición de este tipo por parte de un agente fiscal o de alguna asociación ecológica (que comparezca como interesada directa por afectación a un interés difuso –art. 68 num. 4 CPP) dentro de un proceso penal ambiental, el juez penal deberá rechazar dicha petición, inaplicando la parte pertinente del art. 437-K del Código Penal, en aplicación del segundo inciso del art. 272 CPR.

VI.VII. Para MAIER, “la *coerción procesal es aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye objeto del procedimiento*”³⁷.

VI.VIII. Esta cita nos ilustra que los *fines* que persiguen las medidas cautelares son evitar:

a) El peligro de fuga del imputado: la presencia del imputado durante la sustanciación de la causa penal es necesaria, (por lo menos, por regla general), ya que ante su ausencia el juez penal, deberá suspender la etapa del juicio. Incluso, su presencia es imprescindible para ejecutar la condena que se le imponga en la sentencia que expida el Tribunal Penal, esto significa que no es posible la aplicación de la ley penal sustantiva sin la presencia del imputado, es decir, si las leyes penales consisten en la descripción de una conducta enlazada con una sanción en caso de verificarse dicha conducta (p.ej. el que mata será sancionado de 8 a 10 años de reclusión), ante la imposibilidad de encarcelar al condenado no se podrá ejecutar la sanción penal y por ende, el concepto de ley penal se verá truncado ya que habrá ocurrido en el mundo de los fenómenos un caso de una persona que cometió un delito (según una sentencia de un órgano jurisdiccional penal) y que quedará en la impunidad por no poder ejecutarse la pena descrita en la ley penal para ese delito.

Desgraciadamente, los defectos de nuestra justicia penal impulsan en el hombre a manifestar su instinto de conservación al tender a ponerse en buen recaudo o en otras palabras a fugarse o sustraerse de la persecución penal. Es justamente el peligro de fuga del imputado una de las razones que justifica la privación de la libertad de un hombre inocente, y es al que se refiere cuando el art. 159 CPP dispone: “*a fin de garantizar la inmediación del imputado o acusado con el proceso*”.

³⁷ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal. I. Fundamentos*, 2002, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, p. 506.

Al principio del comentario de este subtema, he aludido a que la regla general vigente en nuestro ordenamiento jurídico es la de no tolerar el juzgamiento en ausencia del acusado, sin embargo, el segundo inciso del art. 121 CPR y el art. 233 CPP, permiten la sustanciación del proceso penal en ausencia o en rebeldía del sujeto pasivo del proceso, en los casos de los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. A pesar que esta excepción puede traducirse en indefensión del que se juzga, es parte de nuestro sistema procesal penal y su rango constitucional impide inaplicarla ante el art. 24 num 10 de la misma Ley Suprema. Pero para el resto de casos rige la regla general: si al tiempo de dictar el auto de llamamiento a juicio, el acusado estuviere prófugo, el juez después de dictado dicho auto, ordenará la suspensión de la etapa del juicio hasta que el encausado sea aprehendido o se presente voluntariamente (art. 233 CPP).

b) ***El peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria:*** si bien nuestro CPP no lo refiere expresamente como una de las finalidades de las medidas cautelares, varios códigos de procedimiento penal de la región de raigambre acusatoria y la doctrina procesal penal lo consideran como una finalidad junto con el peligro de fuga.

¿Existirá alguien a quien le interesa más el resultado de la investigación preprocesal y procesal o de la actuación de la prueba en la audiencia de juzgamiento que al propio imputado o acusado? Estamos conscientes que existen denunciantes y acusadores particulares que siguen a quienes denuncian o acusan como “perros con hambre”, pero al fin del día quien padece las miserias del proceso penal es el imputado. El que pierde el sueño, el que tiene miedo de salir de su casa, el que soporta la afrenta de llevar un INRI en su cabeza, es el sujeto pasivo del proceso.

Ese estado puede llevar al imputado a intentar boicotear la investigación para librarse de pronunciamientos acusatorios (fiscales) o condenatorios (jueces) mediante la destrucción u ocultación de evidencias o medios de prueba, amenazará al denunciante, influirá negativamente en los partícipes de la infracción, a peritos o a testigos, etc.

El boicot se puede realizar en dos etapas muy definidas: durante la fase preprocesal de la Indagación Previa y la etapa procesal de la instrucción fiscal, boicoteando la actividad investigativa; o durante la

etapa del juicio, boicoteando la actividad probatoria. En ambos casos el objetivo del entorpecimiento será las actuaciones del fiscal.

Pero existe alguna forma de neutralizar el peligro de boicot de una forma distinta que se no sea privando de la libertad al imputado? Para **BINDER**, “es difícil creer que el imputado pueda producir por si mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría *desequilibrar las reglas de igualdad* en el proceso. Además, si el Estado es ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad”.³⁸

Una **forma de neutralizar el boicot del imputado** lo constituye lo que se conoce como los *anticipos jurisdiccionales de prueba*, regulada en el primer inciso del art. 119 CPP, según el cual, en ciertos casos, se pueden recibir ciertos testimonios con valor de prueba testimonial durante la instrucción fiscal, así se evita correr el riesgo de que el ofendido, los testigos o peritos no acudan a la audiencia de juzgamiento. Otra forma de neutralizarlo constituiría la aplicación del *Programa de Protección a Testigos y Víctimas*. Pero cabe aclarar que esto no debe convertirse en una práctica generalizada, sino solo en los casos donde existan serios indicios de peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria por parte del imputado.

Tanto el peligro de fuga como el peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria constituyen **peligros procesales para la fiscalía**. Pero estos peligros procesales **no se deben presumir, se deben justificar**, y lo debe hacer tanto el fiscal (al pedir) como el juez (al dictar) en base de la obligación que les impone la motivación de las resoluciones del poder público establecida en el art. 24 num. 13 CPR (“Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, *y sí no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. ...*”).

³⁸ BINDER, Alberto, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires - Argentina, p. 199.

VI.IX. Estimo que al momento de dictarse una medida cautelar personal teniendo como presupuesto el *peligro de fuga* se deberán tomar en cuenta las siguientes circunstancias:

1. Que el imputado no tenga domicilio o residencia habitual, ni familia, negocios o trabajo asentados en el país.
2. Las facilidades con que cuente el imputado para abandonar definitivamente el país o para permanecer oculto.
3. La evidencia de que el imputado está realizando actos preparatorios de fuga.
4. El comportamiento del imputado durante el proceso o en otro anterior, en la medida que indique su voluntad de no someterse al mismo.

VI.X. Del mismo modo, considero que al momento de dictarse una medida cautelar personal teniendo como presupuesto el *peligro de boicot de la actividad investigativa y/o probatoria* se deberán tomar en cuenta todo indicio racional del cual se infiera que el imputado:

1. Destruirá, modificará, ocultará, suprimirá o falsificará la prueba o pruebas existentes (léase evidencias si se trata de elementos de convicción), relacionadas con el delito.
2. Influirá en los demás imputados o en los testigos o peritos, para que informen falsamente sobre lo que saben o para que se comporten de manera desleal o reticente.
3. Forzará o inducirá a otros interesados a observar los comportamientos previstos en el numeral anterior.

Una vez que se justifiquen una o varias de estas circunstancias con indicios reales y concretos, le expedición de una medida cautelar personal estará revestida de mayor legitimidad.

VI.XI. Cuando el art. 15 y el segundo inciso del art. 159 del CPP sostienen la *restrictividad* de 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, y específicamente de las medidas cautelares, debemos entender que al aplicarse la prisión preventiva no puede ser extensiva ni dejar de imponérsela en la justa medida que establece el CPP, es decir, solamente cuando existan los indicios y medios probatorios suficientes para su establecimiento en el proceso penal,

esta calificación nace con el agente Fiscal quien dirige la investigación y puede en base de ello, solicitarla al titular de la judicatura la privación de libertad paralelamente con el envío de la notificación de la Resolución del Auto de la Instrucción; entonces, es el Juez quien deberá evaluar y considerar, si lo requerido por el representante del Ministerio Público se ciñe a lo determinado por la ley para concederle, o si es por falta de medios suficientes, negársela, quedándole el recurso de apelar tal decisión atento al Art. 172 del C.P.P., sin embargo debemos agregar que tal derecho también le asiste al imputado cuando la medida cautelar es concedida.

Pero lo importante del carácter restrictivo de la aplicación de las medidas cautelares es que éste se rigen por el principio de la excepcionalidad. Como lo explica BOVINO, *“el carácter excepcional del encarcelamiento preventivo surge directamente de la combinación entre el derecho general a la libertad ambulatoria y la prohibición de aplicar una pena antes de obtener una sentencia condenatoria firme (principio de inocencia)”*³⁹.

VI.XII. Es difícil cambiar una cultura jurídico penal de la noche a la mañana, pero es lo deseable que con los años, una vez que se afirme el sistema acusatorio en nuestras prácticas forense, que la libertad del imputado predomine como regla general durante la sustanciación del proceso y mientras no se haya dictado sentencia condenatoria ejecutoriada. Una vez que logremos eso, los acusados serán cada vez menos propensos a huir y a obstaculizar la marcha de la justicia.

VII. LA PRUEBA ILÍCITA, LA INEFICACIA PROBATORIA Y LAS AUDIENCIAS DE FORMULACIÓN DE CARGOS.

VII.I. La prueba ilícita es analizada magistralmente por CESAR MARTIN CASTRO en su obra Derecho Procesal Penal, y la define como “aquella que se obtiene con infracción de derechos fundamentales, entendiéndose por obtención aquella labor tendiente a llegar un resultado probatorio al proceso, esto es tanto la actividad de

³⁹ BOVINO, Alberto, *Problemas del Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, 1998, Editores del Puerto, Buenos Aires – Argentina, p. 148/9.

búsqueda e investigación de la fuente de prueba por mecanismos que violan los derechos fundamentales: aplicación a la fuente de un método ilícito y extracción de un resultado que en si mismo viola un derecho esencial".⁴⁰

Del mismo modo, el profesor peruano citado señala las consecuencias procesales penales de la prueba ilícita al manifestar que "Ernst Beling desde el año 1903 sostenía que el medio de prueba prohibido no puede ser en forma alguno utilizado, ni puede ser tenido en cuenta por el juez en la sentencia, pues había que considerarlo como no realizado. Esta posición significa que la prohibición de prueba tiene la misión de tutelar los intereses del individuo frente a la persecución penal del Estado. La violación o vulneración de las reglas sobre la prueba, determinan su exclusión del universo probatorio que debe valorar el juez. Tiene un carácter imperativo".⁴¹

El profesor español MANUEL MIRANDA ESTRAMPES⁴² por su parte destaca que "en la teoría de la prueba ilícita está siempre latente el conflicto entre la averiguación de la verdad y la defensa de los derechos fundamentales de las personas. Para la solución de dicho conflicto cobra protagonismo la fase acuñada por el Tribunal Supremo Alemán (B.G.H.) de que '*la verdad no puede obtenerse a cualquier precio*', esto es, de que no todo es válido en la obtención de la 'verdad', sino que deben cumplirse las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo o equitativo (*proceso debido*) reconocido en los textos internacionales de derechos humanos (art. 14 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 6 Convenio Europeo de Derechos Humanos, y art. 8 Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica). El derecho a la presunción de inocencia reconocido también en los textos internacionales de derechos fundamentales y en las Constituciones nacionales, exige en su consideración como regla probatoria, que únicamente puedan ser tenidas en cuenta a los efectos de formar la convicción acerca de los hechos objeto de

⁴⁰ *Derecho Procesal Penal*, Editorial Jurídica Griley, Volumen II, Lima, 1999, p. 643 y ss.

⁴¹ *Ibíd.*, p. 643.

⁴² *Las pruebas ilícitas, fundamento y alcance de la regla de exclusión*, Universidad Nacional Hermilio Valdizan, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Perú, 2005, p. 30.

enjuiciamiento en un proceso penal, aquellas pruebas obtenidas y/o practicadas con respeto de los derechos fundamentales y las garantías procesales ... El reconocimiento de la regla de exclusión de las pruebas ilícitas diseña el proceso penal como un auténtico instrumento de garantía para el acusado, frente a la actuación arbitraria de los poderes públicos...”

VII.II. La respuesta del derecho ecuatoriano a la prueba ilícita se encuentra determinada por la Carta Magna⁴³ y por el Código de Procedimiento Penal⁴⁴ con la **INEFICACIA PROBATORIA**.

Entiéndanse incluidos en la palabra “prueba” de esta cita a los elementos de convicción recopilados durante la investigación procesal, por su evidente finalidad probatoria, ya que en ellos se basa el fiscal para dictar el auto de instrucción fiscal, para solicitar medidas cautelares al titular del órgano jurisdiccional penal o para sustentar su dictamen y, asimismo, el juez penal se nutre de ellos para resolver peticiones de medidas cautelares y, sobre todo, para dictar el auto resolutorio de la etapa intermedia. Pero además por el art. 90 CPP el mismo que señala que *“las disposiciones relacionadas con la prueba serán observadas y cumplidas en el juicio, durante la instrucción Fiscal, la etapa intermedia y en el juicio, en lo que fuesen aplicables”*.

VII.III. En tal sentido, si un abogado defensor solicita en la audiencia de formulación de cargos la declaración de ineficacia probatoria de un elemento de convicción específico (y de aquellos que deriven de éste por ser frutos del árbol envenenado) el Juez Penal está en la obligación de resolver dicha petición de forma inmediata en la

⁴³ CPR art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna.

⁴⁴ CPP art. 80.- Ineficacia Probatoria.- Toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.

misma audiencia⁴⁵, y en caso de excluirlo/s, no podrá tomarlo/s en cuenta al momento se despachar la petición de prisión preventiva de la Fiscalía.

VIII. PRISIÓN PREVENTIVA SIN PETICIÓN DE LA FISCALÍA?

VIII.I. Un sistema penal que tenga entre sus principios al dispositivo no debería preguntarse nunca si es procedente el dictado de una prisión preventiva si la Fiscalía no lo ha pedido, pero el numeral 3 del art. 27 del CPP dispone como una competencia de los jueces dictar las medidas cautelares personales, lo cual debe ser concordado con el primer inciso del art. 168 íbidem, que determina que el auto de prisión preventiva puede tener como antecedente *"la propia decisión"* del juez (!), y con esta norma se abrió la caja de Pandora para romper el equilibrio de fuerzas que el sistema acusatorio adversarial pretendía imponer.

VIII.II. Pero el conflicto cobra nuevos matices cuando se trata de la víctima (convertida en acusadora particular) quien solicita al Juez la prisión preventiva del imputado que la Fiscalía no ha estimado como necesaria. En estos casos, aunque podría considerarse como legítima la petición, el CPP no llegó a ese grado de reconocimiento victimológico en la actuación procesal del ofendido y en lo relativo a las medidas cautelares, la víctima necesariamente deberá contar con la anuencia del Ministerio Público para lograr que la prisión preventiva sea un tema en discusión en la fase investigativa del proceso penal.

VIII.III. En mi criterio, por ser notoriamente inconstitucional ningún Juez debería hacer uso de esta facultad inquisitiva y jamás dictar prisión preventiva si no ha sido pedida por el Ministerio Público.

⁴⁵ Diferir dicha declaración a momentos procesales posteriores significaría un innecesario desgaste de energías procesales, ya que si el Tribunal Penal en sentencia excluye la prueba ilegal y dicta una sentencia absolutoria el principio de celeridad, concentración e eficiencia procesal se habrán violentado de forma grave, por cuanto este mismo caso pudo haber terminado en un sobreseimiento durante la etapa intermedia, o incluso en un archivo previa desestimación durante la Indagación Previa.

IX. LA APLICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y LA VALIDEZ PROCESAL.

- IX.I. La pregunta clave en este punto es *si la celebración de la audiencia de medidas cautelares acarrea la nulidad de las actuaciones a partir de las mismas en adelante, al tenor del art. 330 numeral 3⁴⁶ del CPP?* Desde el punto de vista procesal penal, no existe nulidad que declarar si la violación al trámite no influye en la decisión de la causa, tal como lo señala el mismo numeral citado, así como el segundo inciso del art. 331⁴⁷ del CPP.
- IX.II. Que el aprehendido haya sido llevado ante un juez dentro de las 24 horas posteriores a su detención ante el cual podrá ser oído en su relato de lo ocurrido; que haya contado con un abogado que ejerza una defensa real en discusiones tan sensibles como la legalidad de la aprehensión, el respecto a su derecho al debido proceso, la certeza de la tipificación del delito imputado, la fortaleza de los elementos de convicción de la Fiscalía para acreditar el hecho imputado y la procedencia de prisión preventiva; que la decisión judicial sea tomada en la misma audiencia; o que en caso de dictarse una medida cautelar personal pueda ser inmediatamente sustituida o suspendida por caución; ***de qué forma puede influir en la decisión de la causa de forma negativa en contra del imputado?*** De ninguna forma, por ende, no existe nulidad que declarar y los recursos que en tal sentido se interpongan deben ser desechados por las Salas Especializadas.

⁴⁶ CPP art. 330.- Causas de nulidad.- Habrá lugar a la declaración de nulidad, en los siguientes casos: ...

3. Cuando en la sustanciación del proceso se hubiere violado el trámite previsto en la ley, siempre que tal violación hubiere influido en la decisión de la causa.

⁴⁷ CPP art. 331.- Declaración de nulidad.- Si al momento de resolver un recurso, la Corte respectiva observare que existe alguna de las causas de nulidad enumeradas en el artículo anterior, estará obligada a declarar, de oficio o a petición de parte, la nulidad del proceso desde el momento en que se produjo la nulidad a costa del funcionario u órgano jurisdiccional que la hubiere provocado.

Sin embargo, se declarará la nulidad solamente si la causa que la provoca tuviera influencia en la decisión del proceso.

Si se hubiere omitido algún acto procesal necesario para la comprobación de la existencia de la infracción, en cualquier etapa del proceso, se mandará a que se lo practique, sin anularlo.

X. LAS CRÍTICAS A LA RESOLUCIÓN (POR LOS CRÍTICOS DE SIEMPRE).

- X.I. Estas resoluciones no han sido ajenas a críticas⁴⁸ por su aparente trasgresión a la segunda parte del art. 24 numeral 1⁴⁹ de la Constitución Política de la República (CPR), al no encontrarse previstos estos procedimientos orales en el Código de Procedimiento Penal, pero esos mismos críticos que aducen un nuevo intento de “MacDonalización del Sistema de Justicia Penal”, nada dicen de la conformidad de las resoluciones al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵⁰ en su artículo 9 numerales 3 y 4⁵¹, y que los derechos y garantías determinados en los instrumentos internacionales vigentes, son directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad, de acuerdo al art. 18 de la CPR. Tampoco dijeron (ni plantearon) nada ante el insostenible tiempo promedio de días que los jueces se tomaban en resolver la situación jurídica de las personas privadas de su

⁴⁸ De los mismos que sueñan con regresar al inquisitivo viejo Código de Procedimiento Penal de 1983.

⁴⁹ CPR art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. **Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento.**

⁵⁰ Aprobado por Resolución Legislativa No. 000, publicada en Registro Oficial 28 de 10 de Octubre de 1968 y ratificado por Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en Registro Oficial 101 de 24 de Enero de 1969.

⁵¹ PIDCP art. 9.-

3. *Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.*

4. *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 fuera ilegal.*

libertad sin orden judicial⁵². Esas críticas no deben ser atendidas por la falta de honestidad intelectual de sus expositores.

XI. CONCLUSIONES.

- XI.I. La Corte Suprema de Justicia con sus resoluciones han reformado un procedimiento que era inquisitivo y contrario a los principios procesales constitucionales recogidos en nuestra Carta Política.
- XI.II. Nutrir la investigación pre-procesal y procesal penal de prácticas inspiradas en los principios dispositivos, de oralidad, de inmediación, de concentración y de contradicción tiene como efecto inmediato la profundización del respecto al debido proceso y la inserción definitiva de jueces y litigantes en la lógica de un sistema adversarial.
- XI.III. El Código de Procedimiento Penal debe ser impostergablemente reformado con el objetivo de incluir disposiciones similares (y/o mejores) a las contenidas en las recientes resoluciones analizadas y de implementar que todas las decisiones importantes dentro del proceso penal sean resueltas bajo los principios ya mencionados.
- XI.IV. Hasta que el nuevo Congreso Nacional entre en funcionamiento y estas reformas se plasmen en la realidad, el sistema demanda que todos los operadores de justicia penal estemos pendientes de la evolución de las audiencias de medidas cautelares y de su impacto en las prácticas forenses a efecto de que destierren todo vestigio inquisitivo en las fases investigativas del nuevo proceso penal ecuatoriano.

Guayaquil, junio de 2008.

⁵² En la ciudad de Quito, 23 días con 23 horas; y, en Guayaquil, 10 días con 13 horas, según la Segunda Evaluación del Sistema Procesal Penal, Fundación Esquel, Quito, Ecuador, 2006.