

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho Penal

**El ejercicio de poder en la negociación de la pena en el procedimiento
abreviado**

Geovana Alexandra Pincha Veloz

Tutora: Lina Victoria Parra

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/ monografía

Yo, Geovana Alexandra Pincha Veloz, autora de la tesis intitulada “El ejercicio de poder en la negociación de la pena en el Procedimiento Abreviado”, mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de magíster en derecho penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

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

Quito, 29 de mayo de 2018

Firma:

Resumen

La tesis que me propongo desarrollar para optar por mi título de maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar, plantea la hipótesis de que el procedimiento abreviado, contemplado en el Código Orgánico Integral Penal, es de discutible beneficio para el procesado, porque éste no dispone de suficientes elementos de juicio para decidir con entera libertad, pero es necesario tener en cuenta los pro y contra de esta institución para formarnos una idea precisa de su utilidad en función del interés público.

El procedimiento abreviado, además, puede llegar a considerarse como una relación de poder, dentro de la cual el Fiscal ejerce control sobre el reo. De acuerdo con el COIP esta institución establece una rebaja de la pena, en función de varios factores. Por su parte la persona procesada tiene que someterse a este procedimiento, impulsada por la amenaza de enfrentar un tribunal que desconoce, permanecer en un establecimiento carcelario en condiciones inhumanas por un periodo más largo y el costo oneroso para su familia. Finalmente, tiene que afrontar el pago de una multa que difícilmente puede asumir porque privada de la libertad no puede trabajar.

Por el lado de la administración de justicia esta institución libera al Juez, a la Fiscalía y a la Defensoría Pública de la excesiva carga de trabajo que tiene, a consecuencia de la acumulación de causas.

Por el lado de la sociedad, el procedimiento abreviado puede ser visto como un mecanismo de condescendencia con el delincuente que contribuye a agravar este fenómeno social. La tendencia prevaleciente en los sectores o grupos que se preocupan de la protección de la vida y los bienes de los asociados, es que la justicia en general actúe con máximo rigor contra el delincuente para evitar la reincidencia. Las personas que de una u otra manera se preocupan de humanizar el sistema penal, esencialmente punitivo, son vistas con recelo cuando no con sentimiento de abierto rechazo.

Con estos antecedentes habría que hacer una evaluación objetiva del procedimiento abreviado para establecer si esta institución está siendo correctamente administrada por el Estado, y si conviene que se la mantenga en su situación actual o se le introduzcan reformas para garantizar los derechos de quienes, por una u otra causa tienen que recurrir a este mecanismo judicial.

Dedico este trabajo a mi mamá la señora Yolanda Veloz Sánchez, por enseñarme a través de su ejemplo a ser perseverante y por apoyarme incondicionalmente.

Agradezco a mis amigos quienes me alentaron para la realización de mi tesis y me prestaron su ayuda especialmente el Dr. Milton Álava Ormaza, la Dra. Lina Parra Cortés, la Dra. Germania Tapia Lascano y la Dra. Mariela Quintana Villacís quienes me guiaron para la realización de mi trabajo.

Índice

Introducción	13
--------------------	----

Capítulo uno

El Poder.....	17
1.1. Justicia sin clemencia	17
1.2. Los poderes ocultos	21
1.3. Relaciones de poder	26
1.4. Análisis de la relación de poder a través de la utilización del método de Foucault.....	28

Capítulo dos

El procedimiento abreviado y la negociación	31
2.1 Procedimiento Abreviado	31
2.2 Los operadores de justicia, los ganadores	38
2.3 Negociación.....	46
2. 4 Tipos de Negociación	51
2.5 La arqueología y genealogía del procedimiento abreviado. Análisis desde Foucault	52

Capítulo tres

La práctica del procedimiento abreviado en la ciudad de Quito	59
3.1 La práctica del procedimiento abreviado en la ciudad de Quito.....	59
3.2 Un incendio por una cicatriz	63
3.3 Las desventuras de una mula del narcotráfico	67
3.4 Cuarenta meses por un celular	72
3.5 Insólita sentencia de nueve años, cuatro meses por la sustracción frustrada de una chompa	75

3.6 El típico robo de un celular termina en una condena desproporcionada80

3.7 Fiscal hace gala de su poder.....83

3.8 El tráfico de influencias, delito típico de la administración pública.....86

Capítulo cuatro

Conclusiones.....89

Bibliografía.....93

Introducción

La presente tesis tiene por objeto exponer el ejercicio del poder en la negociación de la pena en el procedimiento abreviado, desde su concepción normativa hasta su práctica. Se podrá constatar a través de la técnica de investigación la observación participante, teniendo en cuenta sus antecedentes conceptuales y filosóficos.

En el primer capítulo se expone el caso donde se puede evidenciar la supremacía de la fiscalía sobre la defensa. Se observa la desigualdad de las partes procesales en una negociación que no tiene más registro que la memoria de sus participantes; al amparo de la norma se concede a fiscalía discrecionalidad absoluta en la imposición de una pena, condena que no tienen uniformidad puesto que hay hechos delictivos cometidos en las mismas circunstancias pero que tienen sanciones diferentes y hasta son desproporcionada.

También se trata de desentrañar la noción de poder, fundamental para determinar la correlación de fuerzas que existe en el procedimiento abreviado, a partir de la premisa de que esta institución no sólo se agota en la normativa que al respecto contiene el Código Orgánico Integral Penal, sino que hay que tomar en cuenta la visión ideológica y cultural de los operadores de justicia.

En este capítulo se hace referencia especial a los *poderes ocultos*, que según uno de los tratadistas consultados han confluente en la formulación de la normativa penal por parte del legislador, no obstante que aparentemente este se guía por propósitos altruistas, desvinculados de intereses sectoriales concretos.

En este capítulo se trata también del factor coactivo que es inherente al derecho penal y que en el procedimiento abreviado reviste características propias, para diferenciarlo del que genéricamente ejerce el Estado para juzgar y sancionar el delito.

En el mismo capítulo, recorro al destacado filósofo Michael Foucault, quien aborda el tema de las relaciones de poder que se producen dentro del procedimiento abreviado al momento de su aplicación práctica, entre las partes. Según el autor estas

relaciones no solo se hacen presentes en el campo penal, sino en los diferentes ámbitos de la vida social.

Con este fin el autor hace la disección de los diferentes factores que deben analizarse para llegar a la comprensión de una relación de poder, principalmente por razones metodológicas. Estos puntos de vista los he graficado con el objeto de simplificar esta exposición.

En el capítulo segundo aborda el tema de la implantación en el país del procedimiento abreviado, puesto que se trata de una institución extranjera que se ha establecido en el derecho penal ecuatoriano con el fin de agilizar la administración de justicia, de descongestionar el trabajo judicial y de responder a la demanda social de una pronta y efectiva represión del delito.

Se ha expuesto los enfoques de varios autores que consideran que el procedimiento abreviado viola los principios fundamentales que garantizaban el debido proceso, en perjuicio del reo.

En opinión de algunos de ellos quienes han salido beneficiados con este procedimiento han sido los operados de justicia y no los imputados como aparentemente sucede.

Como según el Código Orgánico Integral Penal el procedimiento abreviado comporta una negociación entre la fiscalía y el procesado, con la intermediación ocasional del Defensor Público, expongo lo que debe entenderse por este mecanismo, y cómo frecuentemente es la Fiscalía la que impone sus puntos de vista al procesado en esta etapa, el que se ve ante la disyuntiva de aceptarlos o no, la conclusión a la que se arriba es que la negociación dista de ser un diálogo entre partes iguales.

Se hace notorio que la negociación no se encuentra regulada en el código respectivo sino que cada Fiscal la lleva a cabo de acuerdo con la circunstancia.

Se utiliza el método de Foucault, con el propósito de llegar a la raíz del procedimiento abreviado, sin incurrir en falsas expectativas.

En el capítulo tercero se hace la relación de varios casos prácticos que demuestran la variable aplicación del procedimiento abreviado, principalmente en lo que respecta a la imposición de la pena y de la multa al imputado. Esta variación es consecuencia no sólo de la interpretación que el fiscal hace de la norma penal en relación con el caso concreto, sino de la jurisprudencia no obligatoria que establece la Corte Provincial de Justicia y que sin embargo la fiscalía ejecuta inapelablemente.

En este capítulo se establece la correspondencia que hay entre los puntos de vista teóricos planteados por Michael Foucault y los matices propios de los casos que han sido sometidos al procedimiento abreviado.

En el capítulo cuarto, finalmente extraigo las conclusiones que se derivan del tratamiento del procedimiento abreviado presentados en esta tesis.

Unas son conclusiones provisionales y otras que muestran cierta tendencia a su consolidación.

Eso sí, dejo a salvo que el momento que la Función Legislativa asuma la tarea de reformular teóricamente este procedimiento, su aplicación experimentará cambios necesarios.

Para promover las reformas que se precisan soy partidaria de que esta temática sea discutida a nivel académico con la participación de los tratadistas nacionales, operadores de justicia, la Defensoría Pública y representantes de sectores sociales que se preocupan de una mejor administración de justicia.

Capítulo uno.

El Poder

Durante el proceso de desarrollo de esta tesis usé diversas técnicas de recopilación de la información, entre ellas la observación participante, que realicé en el año 2016 en ejercicio de mi cargo, pues como defensora pública tuve acceso privilegiado a situaciones que otros investigadores no, como por ejemplo cómo ocurren en verdad las negociaciones. Por tal razón a continuación presento mis apuntes de investigación de campo de un caso de robo en forma narrativa para introducir al lector al ejercicio de poder que existe en las negociaciones con fiscalía, sin perjuicio de otros que expondré en el curso de esta tesis.

1.1 Justicia sin clemencia

Hoy como cualquier día me encuentro en la Unidad de Flagrancia, ubicada en las calles 9 de octubre y Patria, de la ciudad de Quito; al ingreso me encuentro con el guardia, quien me pregunta de dónde vengo; al identificarme puedo seguir por las gradas y dirigirme a la sala de audiencias. Previamente al ingresar a una de ellas, voy a la pantalla donde se registran cronológicamente las audiencias a tratarse el 27 de mayo de 2016, las 08H30. Mi sala elegida es la número 5, en la que se va a tratar una audiencia preparatoria y evaluatoria de juicio, en contra de NWAG¹.

El primer escenario que tengo es una sala vacía y fría, en la que se encuentra el Fiscal, quien al parecer está muy seguro de obtener una sentencia favorable. Posteriormente llega el defensor público, que saluda cordialmente y con familiaridad al fiscal, quien pregunta si el defensor viene por esta causa. Al ser la respuesta afirmativa por parte de la Defensoría Pública, empieza la negociación: por un lado el defensor le propone a fiscalía la aplicación del procedimiento abreviado, fiscalía no rechaza la propuesta y defensoría insiste en preguntar cuál sería la pena que solicitaría el dueño de la acción pública. Fiscalía menciona que el procesado tiene antecedentes penales y que para el delito cometido se encuentran evidencias de que hubo armas u objetos contundentes y que además se debe tener en cuenta la intimidación que infundió el procesado y que la pena al tratarse es de cuarenta meses.

¹ Causa No. 17282- 2016- 00541

Defensoría indica que ésta es muy alta y pide que se tome en cuenta que su defendido estaba desempleado, que es cabeza de hogar, y que el celular que habría robado tiene apenas un valor de USD \$35. Fiscalía responde indicando que si él fuese el procesado debería escoger sin pensarlo dos veces el abreviado, ya que de esta manera podría conseguir una mejor sentencia, ya que si decide irse a Tribunales tendría una pena de 9 años y 4 meses. Así que el reo debe dar gracias a Dios porque se le permite la aplicación del procedimiento abreviado, aunque cuarenta meses es poco en razón de todo el daño causado a la sociedad por su fechoría.

El defensor replica al fiscal preguntándole para que vale tanta pena, si la cárcel es un fiasco; que sí es posible reducirla a la mitad, es decir veinte meses, indica que es una persona de escasos recursos, que su defendido está arrepentido por su acción y que por favor le conceda una oportunidad, que duerme en el suelo en el CDP, que recibe mucho maltrato en el Centro de Rehabilitación, a lo que fiscalía responde, que el castigo lo tiene bien merecido y que no hay que tenerles pena a los autores de un delito, sino que hay que tener en cuenta a la gente trabajadora, buena que sufre este perjuicio y que sale todos los días como usted, y que de repente en su camino se encuentran con estos pelafustanes que no permiten seguir adelante y obstruyen su felicidad, por lo que no le pida más, pues es lo que puede darle y tomando en consideración que usted va a estar en la causa.

Concluye la negociación y el defensor le comunica a su representado que la decisión de fiscalía ha sido que cumpla una pena de cuarenta meses y al pago de una multa de doce salarios mínimos vitales; el procesado insiste que sean menos que ya no aguanta estar en la celda del CDP, que todos los días le exigen que pague una cuota para no ser sometido a malos tratos por parte de sus compañeros, que él está enfermo y que no recibe atención médica, a lo que el defensor público manifiesta que se encuentra en un callejón sin salida, que es eso o los 9 años y 4 meses que pretende sacar fiscalía en Tribunales; insiste que es su mejor opción, que no quiere ir a tribunales, que si bien no existen sus huellas en el cuchillo, no hay como excluir de la cadena de custodia esa prueba, y que se conforme.

De pronto ingresa el Juez, quien saluda de manera indiferente, pregunta sobre si van a elegir la aplicación del procedimiento abreviado, las partes manifiestan que sí y la audiencia empieza conforme a lo establecido en el Código Orgánico Integral Penal, con los resultados ya pactados.

De lo anteriormente relatado se puede deducir que en la negociación del procedimiento abreviado existe dos momentos: el primero en el que hay un dominio por parte de la fiscalía, que difiere totalmente de la negociación, la cual el legislador promueve en el Art. 635 del Código Orgánico Integral Penal, y el segundo en el que se legaliza el convenio de conformidad con la norma.

Por qué se permite que existan estos dos momentos, sobre todo el primero donde se puede inferir del relato que dista de ser una negociación para Pierre Bourdieu, sociólogo francés, quien trata de explicar el funcionamiento de las estructuras sociales a través de su teoría de los campos; indica que esta alteración se da en el campo jurídico porque el esquema normativo no responde a la realidad, sino a las propias reglas de competencia entre cuerpos de profesionales que se dan al interior de la justicia, lo que permite mantener la creación y acumulación del capital jurídico².

Competencia que es completamente común dentro de este campo ya que en el derecho se enfrentan permanentemente las concepciones propuestas por los teóricos y los prácticos; es aquí donde nace una lucha simbólica entre los teóricos que tienen el monopolio de las universidades mientras que los prácticos (jueces) tienen la interpretación de las normas para la aplicación; sin embargo esta lucha tiene como resultado una dinámica: que el derecho cuando es interpretado por los profesores genera un sistema “autónomo y autosuficiente y purificado de todas las incertidumbres o las lagunas ligadas a su génesis práctica, gracias a una reflexión basada en consideraciones de justicia y coherencia, mientras que los jueces solo se ocupan de casos concretos y orientan al sistema jurídico hacia la casuística”³ y cuentan con discrecionalidad para la aplicación, ya que a través de esta prerrogativa se permiten los cambios a las instituciones jurídicas que posibilita la supervivencia del sistema, cambios que deberán ser incorporados posteriormente por los teóricos.

Hay que dejar en claro ciertos conceptos brevemente para entender la teoría propuesta por Pierre Bourdieu, los mismos que serán expuestos en el capítulo segundo de esta tesis, ya que ayudaría a entender mejor la negociación en el procedimiento abreviado.

Sin embargo, previamente es necesario tener en claro qué es una relación de poder, y uno de los autores que analiza este tipo de fenómenos es Michael Foucault,

² Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes, Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanitarias, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2000), 156

³ Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho*, (Bogotá: Ediciones Uniandes, Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanitarias, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2000), 166

teórico social francés, autor de varios libros relativos a las instituciones sociales; se empezará tratando de esbozar la noción de poder y al respecto el autor citado manifiesta que en relación con el sistema penal, el poder se muestra de manera abierta y sin enmascaramientos; el poder es considerado como una tiranía pero al mismo tiempo se inserta por completo en el interior de una moral, que al amparo de la justicia justifica su ejercicio brutal, ya que aparece como la dominación del bien sobre el mal⁴.

Foucault, manifiesta que el poder es una red de redes, que

... debe ser analizada como algo que circula, que funciona en cadena, que nunca está localizado en las manos de alguien, que no es un atributo como la riqueza o un bien. El poder funciona, se ejercita a través de una organización reticular, y en sus redes no sólo circulan los individuos, sino que además están siempre en situación de sufrir o de ejercitar ese poder...⁵

Aunque el autor referido no precisa con exactitud lo que es poder ya que como él menciona es una red dinámica, que produce resultados favorables, planificados por el grupo dominante que obliga a los otros a adoptar una conducta.

Todo grupo siempre va a tener una ideología frente a la sociedad que para Louis Althusser, es una “representación de la relación imaginaria de los individuos con sus condiciones reales de existencia,”⁶ y agrega que las ideologías política, jurídica, moral, etc, “son otras tantas formas de ver el mundo”⁷.

Es decir, el poder se va a orientar a las interpretaciones e intereses que tenga el grupo que ostente el poder. Este va a actuar por medio de represión e ideología y Foucault manifiesta que ambas no son más que estrategias extremas del poder, que en modo alguno se contenta con excluir o impedir. Según este autor el poder, a través de la transformación técnica de los individuos, produce lo real⁸.

Finalmente sostiene que en las sociedades occidentales, el derecho siempre ha enmascarado al poder. El derecho fue un instrumento muy eficaz mediante el cual se sustituyó el poder monárquico por varios siglos.⁹

Además agrega Foucault que la mayoría de instituciones de poder fueron desarrolladas en la Edad Media y posteriormente por el Estado y que amparadas por el derecho fueron inmiscuyéndose en las relaciones preexistentes y creando toda una serie de alianzas tácticas de regulación y limitación, por lo que el ejercicio del poder se

⁴ Ibíd.82

⁵ Michael Foucault, *Un dialogo sobre el poder* (España: Editorial Alianza, 1981),82

⁶ Louis Althusser, *Ideología un mapa de la cuestión* (Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2003),139

⁷ Ibíd. 140

⁸ Ibíd. 141

⁹ Michael Foucault, *Un dialogo sobre el poder*, (España: Editorial Alianza, 1981), 82

formula desde el derecho, pero que no es manejada hábilmente por los poseedores del poder sino a través de mecanismos de prohibición, sanción y búsqueda de justicia, que no es manejada hábilmente por su poseedores.

Para Foucault el derecho es un mecanismo para el ejercicio de poder, ya que este funciona por medio de sus reglas; sin embargo, a través de él se ejerce violencia; sus beneficios son para un grupo determinado, sus mandatos tienen la apariencia de la ley general, no obstante reflejan las asimetrías e injusticias de la dominación¹⁰.

Según Foucault, el derecho ha perdido significado ante el poder, puesto que el fundamento doctrinario que vincula al poder con el derecho no se ha actualizado y mantiene una imagen falsa en la que el poder es igual a la ley y a la soberanía, planteamiento desarrollado en la monarquía absoluta.

1.2. Los poderes ocultos

Un capítulo fundamental para la comprensión del derecho penal es la teoría de los poderes ocultos, que explica que bajo las apariencias jurídicas existen factores reales que influyen decisivamente en su contenido o lo desvían de su finalidad de reprimir el delito en base a reglas iguales para todos.

Para el profesor Alonso Salazar, de nacionalidad costarricense, en su ensayo *El poder Político 'Derivado y Oculto' y su Relación con el Proceso de Criminalización en Derecho Penal*, el poder que guarda íntima relación con el proceso de criminalización, es el otro poder: el oculto, el que no se deriva de una fuente de poder legítimamente establecida de acuerdo con las reglas sociales.

Dice que nadie duda de la existencia de este poder, pero que es otra historia saber quién lo ostenta y que posiblemente nadie lo sabe a ciencia cierta; sin embargo de que en toda sociedad se identifica con mediana claridad a alguno de sus detentadores, a este autor no le cabe duda que hay una cantidad importante de individuos que tienen conciencia de la manera como se lo ejerce.

Según este autor, “con un criterio amplio de la política, entendiendo por política toda relación o forma de vinculación social que abarca desde la más simple hasta las más complejas relaciones del ser humano con sus semejantes, hemos de entender que el ‘poder oculto’ encuentra fuentes materiales en todo tipo de relaciones y que de su

¹⁰ Michael Foucault, *Un dialogo sobre el poder*, (Madrid: Alianza, 1981), 83.

ejercicio depende la subsistencia misma de la colectividad,”¹¹ porque “sin el ejercicio de poder la sociedad no subsiste como tal”¹².

Este autor distingue entre poder derivado y poder oculto en el enfoque de la criminalización. El derivado no es otra cosa que el poder institucional que surge de la Constitución y de la ley, y que es ejercido por los representantes del pueblo legalmente elegidos. La Constitución y la ley son producto de la deliberación pública de los órganos de poder representativo del Estado, pero esto no quiere decir que no haya influencias, presiones, intereses que se mueven entre bambalinas, para que las normas jurídicas sean expedidas de una manera determinada.

Este calificativo no puede tener la connotación de un poder extraño, obscuro o ilícito; estas manipulaciones son inherentes al poder político. En otras palabras no existe ningún misterio en el proceso de la formación de la norma jurídica. Esto es lo que generalmente ocurre en los regímenes democráticos, en los cuales, por principio, toda actividad del Estado debe ser pública.

Si habría que darle alguna credibilidad, este poder oculto, no es sino la presión, influencia o palanqueo que los abogados, o los interesados ejercen para que el proceso penal según el autor, se oriente en una dirección determinada y concluya con un resultado pre establecido.

Según Salazar, una primera conclusión que se puede extraer es que el poder, sea derivado u oculto constituye en definitiva un factor determinante en el proceso de formación y aplicación del derecho¹³. Salazar agrega:

Las fuentes de poder “derivado” son claras y conocidas, por lo tanto verificables y controlables”, y debe prestarse especial atención al poder “oculto” como génesis de la formación del fenómeno jurídico, especialmente desde una perspectiva penal, no solo en cuanto a su función como generador de tipos penales, sino – cuanto más -, como escudo frente a la aplicación de los tipos penales y su individualización.¹⁴

Cuando el autor sostiene que el poder derivado u oculto incide finalmente en la formación de la norma jurídica, formula una afirmación redundante: es responsabilidad del juez o del fiscal estar prevenido frente a la acción del poder oculto para que la ley no

¹¹ Alonso Salazar, *Poder oculto Derivado y Oculto y su relación con el Proceso de Criminalización en Derecho Penal*, (Costa Rica: Revista Judicial No. 113, septiembre 2014), 147

¹² *Ibíd.* 150

¹³ Alonso Salazar, *Poder oculto Derivado y Oculto y su relación con el Proceso de Criminalización en Derecho Penal*, (Costa Rica: Revista Judicial No. 113, septiembre 2014), 152

¹⁴ *Ibíd.* 152

sea aplicada de forma distorsionada o en función de los intereses de una de las partes en el proceso penal.

En este ámbito, Salazar concibe al delito “como una manifestación del poder del Estado, esto es, que desde mi óptica es delito todo aquello que el Estado define con tal carácter, independientemente de la construcción teórica que se escoja”¹⁵.

En un plano más general, Salazar define el proceso de criminalización como

... el proceso a través del cual se llega a la creación de una figura delictiva, el cómo se criminaliza una conducta determinada, cuya característica será sin duda alguna la consecuencia jurídica que se le atribuye a determinada conducta...¹⁶

Cita el criterio del tratadista Juan Bustos Ramírez, de que “el derecho escrito, la ley, no es garantía sino arbitrariedad; representa solo la fuerza del que la impone y, por otra parte, encubre – no es transparente - un proceso de dominación o de manipulación”¹⁷. En este contexto, se debe tener presente que

... si el Estado decide qué es delito de igual forma define qué no es delito por un proceso de definición negativa, a saber todo aquello que no está sancionado como delito, no será delito hasta que el Estado así lo decida, y lo que es delito hoy en día, será delito mientras el Estado lo determine...¹⁸.

En resumen, el autor entiende por criminalización “... al proceso (también denominado fenómeno) mediante el cual el Estado crea ‘los tipos penales...’, por lo tanto, me refiero a la génesis, desde el punto de vista normativo de un fenómeno delincuencial en tanto cuál y cómo lo percibimos.”¹⁹

El eje de la teoría de Salazar es que el delito es creado por el Estado mediante su tipificación a través de la norma penal correspondiente. Esta afirmación implica que si no hay una norma penal que tipifique el delito éste no existe.

Esta es una concepción propia del derecho liberal, según la cual la norma jurídica es capaz de moldear el comportamiento social, es decir que el derecho viene a ser producto de una creación meramente intelectual y no la consecuencia de una conducta a la que se pretende regular, limitar o incluso abolir.

¹⁵ *Ibíd.* 153

¹⁶ *Ibíd.* 154

¹⁷ *Ibíd.* 155

¹⁸ *Ibíd.* 155

¹⁹ *Ibíd.* 157

En la práctica, el derecho que no guarda relación con un comportamiento social determinado, carece de sustento para imponerse y es el derecho penal el que se debe caracterizar por el mayor poder coactivo posible para reprimir las conductas que se manifiestan lesivas para la sociedad.

Asegura Salazar que a partir de la conceptualización del derecho como manifestación del poder del Estado,

... la pregunta es ¿Cuál es el poder “derivado” o el oculto? Lo no dicho, lo no expuesto está íntimamente ligado con ese poder oculto cuya influencia en el proceso de criminalización, puesto que el ejercicio del poder derivado dentro del marco legal pre establecido, con transparencia y en aras del interés colectivo, que es una de las metas manifiestas del Estado, no ofrece mayor problema y más aún es un ideal por alcanzar; más que ello, diría yo, una utopía o una quimera de la que se alimentan los ingenuos que son una gente con vida propia, que tutela los intereses colectivos y se olvidan que al igual que el derecho el Estado no es más que una ficción legal, que representa los intereses de quien ejerce el poder y no necesariamente el poder derivado como se expuso, sino por el contrario y esto es lo grave, el poder oculto de ciertos grupos o sectores sociales que se manifiestan precisamente a través del derecho en salvaguarda de sus intereses particulares y con un claro objetivo del mantenimiento de un orden establecido...²⁰

En esta línea, “se debe tener presente que no existe prácticamente un acceso directo para la proposición de fórmulas legales, sino que son ciertos sujetos quienes ostentan legitimación para la formulación de textos legales, y su discusión posterior aprobación y/o improbación”²¹. Y agrega: “si el derecho es (como aquí se ha expuesto) una manifestación de poder del Estado, importa en consecuencia y de una forma más determinante conocer las fuentes de poder “oculto” que influyen en el proceso de formación de las leyes”.²² A su criterio, en consecuencia, las leyes no serán otra cosa

... que el fiel reflejo de los intereses (derechos) de quienes ejercen ese poder y por tanto, responderán de forma directa a la salvaguarda y protección de sus intereses, este y no otra cosa será la función que cumplan las leyes penales, por lo que el concepto del delito o delincuente no son categorías ontológicas, sino por el contrario son fenómenos absolutamente normativos...²³

Con estos antecedentes Alfonso Salazar sostiene que

... no tiene sentido que como tal no pueda solucionar el problema de la delincuencia, pues si es el Estado el que crea los tipos penales, bastaría con dejar de crear esos tipos penales para evitar que nuevos delitos aparezcan y además, con

²⁰ Alonso Salazar, *Poder oculto Derivado y Oculto y su relación con el Proceso de Criminalización en Derecho Penal*, (Costa Rica: Revista Judicial No. 113, septiembre 2014), 148

²¹ *Ibíd.* 161

²² *Ibíd.* 161

²³ *Ibíd.* 161

la simple derogación de tipos ya existentes, dejaría de criminalizarse esas conductas, con lo cual, disminuiría el fenómeno delictual, pudiendo incluso hasta desaparecer...²⁴

Continuando su análisis, este autor expresa que no se debe caer en la ilusión de creer que únicamente las clases más desposeídas son las que delinquen, ni tampoco que dentro de los sectores sociales que se encuentran dentro del poder no se delinque, afirmación esta que ratifica las posición de Raúl Zafaroni, penalista argentino, quien indica que la criminalidad es un fenómeno que atraviesa todas las capas sociales²⁵.

Es entendible, asimismo, que los grupos dominantes procuren utilizar las instituciones penales con la mayor intensidad y celeridad posible (no para solucionar, lo que implica medidas totalmente distintas), la actual agudización de los conflictos sociales, sino para defender situaciones de privilegios.

Basta pensar en los discriminantes mecanismos existentes para la selección de los agentes que se dedican al ejercicio del poder derivado (entiéndase el ejercicio efectivo como el derecho a elegir y a ser elegido en ciertos cargos públicos), decisión que recae en los partidos políticos de una manera clara y evidente.

El autor llega al extremo de creer que con suprimir al Estado se da un paso fundamental para la extirpación de la criminalidad.²⁶ Aparte de que esta posición en el plano político se traduciría en la existencia de un sistema social anárquico, el proceso de criminalización quedaría precisamente en manos de los llamados poderes ocultos, que son esencialmente poderes fácticos que dependen de la arbitrariedad de los individuos y grupos sociales revestidos de fuerza incontrastable.

En último término es preferible la existencia de un Estado con una injusticia imperfecta que uno sin justicia, porque la evolución cultural de los pueblos está en gran medida marcada por la renuncia de los grupos sociales y de los individuos a hacerse justicia por la propia mano, en cuyo caso los más fuertes serían los que prevalecerían.

Quienes consideran que el Estado es una ficción son muchas veces los que claman por la aplicación de los derechos humanos cuando son víctimas de delitos, porque principios como el de la inocencia de las personas mientras no se pruebe lo contrario, el derecho a la defensa, el debido proceso no son solamente entelequias

²⁴ *Ibíd.* 162

²⁵ *Ibíd.* 167

²⁶ Alonso Salazar, *Poder oculto Derivado y Oculto y su relación con el Proceso de Criminalización en Derecho Penal*, (Costa Rica: Revista Judicial No. 113, septiembre 2014), 163

filosóficas con las que se puede enfrentar un caso concreto, sino instituciones jurídicas que de alguna manera protegen a las personas, sobre todo cuando son las más débiles.

Por supuesto que también las víctimas del delito se olvidan de estos derechos y no trepidan en ejercer cualquier tipo de presión ante la autoridad con tal de obtener del supuesto culpable la rápida admisión de su delito.

Finalmente es una falacia creer o suponer que el derecho penal solo sirve para que los más fuertes repriman a los más débiles, porque no se tiene en cuenta que los conflictos, los litigios o desacuerdos entre las clases dominantes son tanto o más violentos cuando se dan como consecuencia de las desigualdades sociales.

Vale la pena rescatar lo dicho por Salazar en el sentido que el delito debe analizarse como un conflicto, que tiene diferentes vertientes, que no sólo basta crear tipos penales con penas altas sino que debe abordárselo buscando soluciones que traten de equiparar las desigualdades sociales de las personas.

En suma o en síntesis, para entender mejor el poder es necesario recapitular los criterios expuestos anteriormente:

- El poder no es algo que se adquiera, arranque o comparta o algo que se conserve. Es dinámico.
- El poder no reside en ningún lugar, ni en el Estado, ni en sus instituciones; este puede visibilizarse a través de micro – prácticas.
- El poder está en todas partes, se desenvuelve mejor cuando hay resistencia.
- El poder no es un derecho que se pueda enajenar mediante ningún acto jurídico.
- Entre más sutiles sean los efectos del poder, el ejercicio de dominación pasa inadvertido.

1.3. Relaciones de poder

En este contexto es necesario tener una noción precisa de lo que es una relación de poder. Como resultado del ejercicio del poder surgen relaciones entre personas o entre grupos, pero no hay que confundirlas con otras relaciones sociales, ya que estas últimas son utilizadas únicamente para la producción de una actividad, como por ejemplo la recreativa o educativa, mientras que aquéllas no son relaciones espontáneas y

siempre tienen un propósito que proviene del discurso ideológico que tiene el grupo. Una relación de poder va más allá del intercambio de signos y símbolos, es posible visibilizarla a través de la imposición o modificación de conductas.

Michael Foucault define a la relación de poder como “un modo de acción que no actúa directa e inmediatamente sobre los otros, sino sobre su propia acción, una acción sobre la acción, sobre acciones eventuales, concretas, futuras o presentes”²⁷.

Una relación de poder tiene cuatro elementos: el primero es el sujeto de la acción, el *otro - sometido*, aquella persona que permanece hasta que se obtenga el resultado. El segundo son las posibilidades, reacciones, respuestas y efectos que se abren ante la relación de poder.

Los otros dos elementos son el consentimiento y la violencia. Sobre el consentimiento, Foucault ha sido claro en señalar que este no significa la renuncia de un derecho, ya que la aprobación está en la naturaleza de la relación, es inherente a ella, así como las tareas obligatorias y las actitudes impuestas.

Las relaciones de poder se ejercen sobre sujetos libres que tienen un campo de posibilidades en las que ellos pueden escaparse y desplazarse, son por ende una forma de control y establecen un orden.

Dentro de una relación de poder siempre van a existir partidarios y opositores, cuyas funciones están definidas por las prácticas sociales (que a la vez son determinadas por el discurso); cada grupo social construye su discurso ideológico frente al poder, creando una uniformidad de conducta ante un momento histórico determinado y así obtiene el control sobre el comportamiento de los individuos.

Las relaciones de poder que observa Foucault también son “las que los aparatos de Estado ejercen sobre los individuos, pero asimismo las que el padre de familia ejerce sobre su mujer y sus hijos, el poder ejercido por el médico, el poder ejercido por el notable, el poder que el dueño ejerce en su fábrica sobre sus obreros”²⁸.

En la relación que tenemos los individuos con el Estado, por ejemplo, podemos constatar que se reconoce un conjunto de derechos en beneficio de todos los miembros de la comunidad, pero igualmente existen una serie de obligaciones de comportamiento ante el grupo social; es por eso que las personas *normales* tienen poder sobre las

²⁷ Michel Foucault, “Cómo se ejerce el Poder” 23 de agosto de 2017.

<http://www.unizar.es/deproyecto/programas/docusocjur/FoucaultPoder.pdf>, El artículo original fue publicado en Hubert Dreyfus, Paul Rabinow y Michel Foucault, *Un Parcours Philosophique*, Paris, Editions Gallimard, 1984)

²⁸ *Ibíd.* 42

anormales, de igual forma los psicólogos sobre los *locos*, los médicos sobre los pacientes y los abogados sobre los delincuentes.

Por esta razón, se hace indispensable diseccionar las relaciones de poder que existen en la sociedad para verificar a qué discurso obedecen, o cuál es el interés del poder para no convertirnos en simples títeres del sistema, además porque el saber es un instrumento poderoso para dominar. El saber construye poder y el poder impone saber; saber y poder están siempre vinculados, no hay relación de poder que no utilice saber.

1.6. Análisis de la relación de poder a través de la utilización del método de Foucault²⁹

Para Foucault toda relación de poder debe analizarse, desentrañarse a fin de “modificar, cuartear el orden de las cosas y así resistir al poder”³⁰. Para lograr este objetivo se necesita una caja de herramientas, que está compuesta por la arqueología y la genealogía.

Para Foucault los conceptos de *arqueología* y *genealogía* no son los tradicionales; no solamente es el estudio de sociedades antiguas o el seguimiento histórico de una civilización; para el autor es el cuestionamiento del saber, porque sobre este saber se construye verdad; para él no existen verdades absolutas, busca el origen de esas verdades y lo hace a través del análisis del discurso, así se puede constatar “la voluntad del poder, esta verdad no es más que la justificación que le da al grupo para aplastar y dominar, incluir o excluir a otros miembros del grupo.”³¹

Este filósofo trata de explicar “las diversas configuraciones que ha dado lugar a las formas del conocimiento empírico, saberes que en definitiva cambian el momento histórico, por lo tanto no pueden ser aceptados como etéreos sino que son dinámicos.”³²

Para realizar el análisis dentro de esta área, Foucault dice que es necesario que el investigador realice de manera exhaustiva la revisión del contexto histórico de la

²⁹ Se presentará en este apartado la metodología de análisis del poder de Foucault a partir de la visión de autores como Melvin Javier Paredes, Anastasio Ovejero Bernal, Juan Pastor Martín y Nancy Piedra Guillén, porque tienen la virtud de ser organizados y sintetizan bien la abundante y compleja obra de Foucault.

³⁰ Melvin Javier Paredes, *El concepto de arqueología en Foucault*, (Nicaragua: Instituto de Desarrollo Humanístico, Universidad Politécnica de Nicaragua. América Central, 2015), 17.

³¹ Anastasio Ovejero Bernal y Juan Pastor Martín, *La dialéctica saber/poder en Michel Foucault: Un instrumento de reflexión crítica sobre la Escuela*, (Madrid: Departamento de psicología de la Universidad de Oviedo, Aula abierta No. 77, 2001), 100

³² *Ibíd.* 101

relación de poder, que se indique qué acontecimientos conllevaron esa práctica; “la tarea arqueológica supone una revisión radicalmente nueva del dato histórico, que enrumba hacia la labor de diagnóstico, de hacer una ontología del presente”³³. Por medio de la arqueología Foucault busca el discurso del poder e indica que para analizar las relaciones que nacen por el ejercicio de poder, es indispensable conocer los “saberes que se han construido como hegemónicos en un momento histórico determinado”³⁴

Por medio de la genealogía, que se complementa con la arqueología, busca el origen de las cosas, para explicar los fenómenos sociales que son producto de las relaciones de poder³⁵.

Lo que busca el autor no es solo develar la historia, la cual ha sido difundida sin objeción alguna, sino también contar cómo ha sido

... deformada, friccionada, editada, conforme a ciertos parámetros funcionales, más que establecer relaciones entre el presente y pasado, la labor arqueológica intenta definir a la vez objetivos tácticos y estratégicos para las luchas actuales, la tarea radica en describir relaciones entre enunciados...³⁶

El segundo punto en esta metodología es definir los roles de los sujetos involucrados en las relaciones de poder, con el objetivo de comprenderlas, determinar sus funciones, visibilizar a los sujetos y observarla bajo qué discurso se dan. Los discursos siempre van a variar, dependen del contexto en el que se desarrolle.

En tercer lugar, se debe analizar los discursos a través de las prácticas institucionales, se “sitúa a los saberes como piezas de relaciones de poder y trata de realizar un control de los discursos”³⁷. Conjuntamente con la arqueología el autor utiliza a la genealogía con el fin de buscar “la procedencia de los hechos sociales o las constituciones sociales”³⁸. Para Foucault lo relevante es “localizar los accidentes, las ínfimas desviaciones. Los errores, los malos cálculos que han dado lugar a lo que existe

³³ *Ibíd.* 102

³⁴ Nancy Piedra Guillen, *Relaciones de poder: Leyendo a Foucault desde la perspectiva de género*, (Costa Rica: Revista Ciencias Sociales 106, 2004(IV)-107,2005(I):123-141. ISSN:0482-5276, 2004), 125

³⁵ Nancy Piedra Guillen, *Relaciones de poder: Leyendo a Foucault desde la perspectiva de género*, (Costa Rica: Revista Ciencias Sociales 106, 2004(IV)-107,2005(I):123-141. ISSN:0482-5276),126

³⁶ Melvin Javier Paredes, *El concepto de arqueología en Foucault*, (Costa Rica: Instituto de Desarrollo Humanístico, Universidad Politécnica, 2015), 19

³⁷*Ibíd.* 25

³⁸ Nancy Piedra Guillen, *Relaciones de poder: Leyendo a Foucault desde la perspectiva de género*, (Costa Rica: Revistas de Ciencias Sociales (Cr), vol. IV, núm. 106, 2004), 125

y es válido para nosotros”³⁹; busca la esencia de las cosas, no es el relato histórico de un suceso.

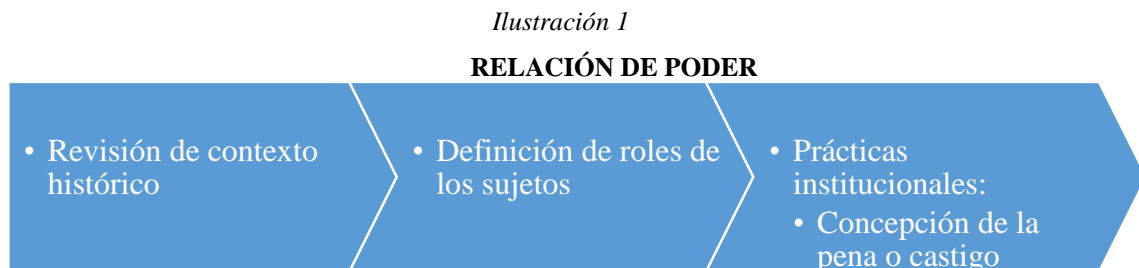
Para poder identificar las prácticas institucionales se debe evidenciar dos cosas: la concepción de la pena o castigo y la ceremonia o ritualidad que acompaña a las diversas prácticas.

Asimismo, indica que todo acusado debe inscribirse en una ceremonia judicial, donde se puede observarse un procedimiento, que establece una verdad compartida.

Para el autor, la verdad del crimen se constituía a través de un procedimiento criminal, secreto y que sólo se hacía público por medio de la sentencia.

Para Foucault los motivos que conllevaron al desarrollo de este procedimiento era evitar el caos, eludir que la población pueda tomarse la justicia por mano propia; con esto el poder soberano de castigar le pertenecía sólo al juez y no a la multitud.

Estos son, pues, los elementos para identificar cómo se construye una relación de poder, que a continuación se exponen de forma gráfica:



Elaboración propia

³⁹ Javier Rujas Martínez, *Genealogía y Discurso de Nietzsche a Foucault*, (España: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid, 2010), 7

Capítulo dos.

El procedimiento abreviado y la negociación

2.1 Procedimiento Abreviado

Con estos antecedentes abordamos el análisis del procedimiento abreviado, a partir de sus orígenes y de sus pros y contras. En el derecho americano el denominado *plea bargaining* (procedimiento abreviado) es la institución mediante la cual se resuelve de manera expeditiva la condena más o menos atenuada del reo. Consiste en la facultad que tiene el fiscal de proponer al acusado una pena menor a la establecida en el tipo penal siempre que se declare culpable del delito que se le imputa, y que esté permitido por la ley. De esta manera se elimina el juicio oral, público y contradictorio, y se le imprime a la justicia un trámite más acelerado.

Según Juliana Oliva es aquel sistema en el que

...el ministerio fiscal induce al acusado a confesar su culpabilidad renunciando a su derecho a juicio a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta en el juicio si se probara su culpabilidad, por lo que el fiscal ofrece indulgencia a través de la reducción de cargos atribuidos al acusado o la recomendación al juez para que le imponga una pena menor, todo a cambio de la confesión del acusado...⁴⁰

Para John Langbein, el *plea bargaining* es un “procedimiento sin juicio establecido para declarar culpables y para condenar a personas acusadas de graves delitos”⁴¹, pero que han admitido su culpa. Según Máximo Sozzo el procedimiento abreviado “es un mecanismo de aceleración procesal que con menor tiempo y dinero trata de acelerar de manera dramática una decisión judicial”⁴²

Para Máximo Langer el procedimiento abreviado es una institución procesal importada del derecho anglosajón que permite a la Fiscalía y al imputado negociar sobre el monto y la clase de la pena o los hechos relevantes para su determinación y al existir

⁴⁰ Juliana Oliva, *La negociación y la celeridad en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires*, (Argentina: Revista Derecho Penal y Criminología - Año IV, 2004), 8

⁴¹ John Langbein, *Tortura y plea bargaining* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001), 7

⁴² Máximo Sozzo, *Democratización y penalidad en la Argentina* (Buenos Aires: Revista Derecho Penal y Criminología – Año IV, 2004), 3

un acuerdo entre el hecho y la pena torna innecesario al juicio por no haber controversia entre las partes⁴³.

El imputado, al aceptar el procedimiento abreviado, libera al Fiscal de probar la responsabilidad de la acusación y el Juez es dispensado de analizar el caso propuesto y de emitir una sanción, porque ya está de antemano establecida. En este procedimiento el Fiscal tiene mayor protagonismo que el Juez al decidir la sanción que debe imponerse a una persona por una conducta dolosa.

Una de las razones que según John Langbein propició el nacimiento del procedimiento abreviado, fue la excesiva carga procesal: existían juicios que excedían el tiempo razonable para su conclusión; señala que duraba hasta cuarenta días el juzgamiento, lo que provocaba que se acumulen las causas por un tiempo indeterminado. Para Langer la incorporación pacífica del procedimiento abreviado a las legislaciones ajenas al derecho anglosajón, tiene por objeto responder a la demanda ciudadana que “exige mayor eficiencia y rápida para la persecución y castigo de los delitos”⁴⁴.

También afirma que pese a ser el procedimiento abreviado una institución jurídica ajena al derecho nacional, “es una herramienta que hace posible entre otras cosas, obtener confesiones del imputado,”⁴⁵ como lo hacía el anterior sistema inquisitivo, pero a menor costo. Asimismo dice el autor que la difusión y adopción del procedimiento abreviado se produjo a raíz del cambio cultural que los operadores de justicia han tenido en las últimas décadas.

En América Latina, en las décadas de los 80 y 90, el Banco Mundial promovió programas de ajuste estructural, que contenían políticas públicas para impulsar el crecimiento de los Estados; sugería varios cambios, entre ellos el de reforzar la seguridad jurídica e institucional con el objetivo de crear nuevos beneficios para la inversión privada, porque había una relación indirecta con los derechos de propiedad y una justicia incapaz de juzgar los delitos contra la propiedad es ineficiente.

A este tipo de agencia le pareció importante introducir reformas en la administración de justicia porque había una excesiva duración de los procesos y mucha

⁴³ Máximo Langer, *La dicotomía acusatorio – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001), 99

⁴⁴ Máximo Langer, *La dicotomía acusatorio – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. (Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001), 127

⁴⁵ *Ibíd.* 129

discrecionalidad por parte de sus operadores y lo logró a través del trasplante jurídico y con la imposición de un modelo que buscaba agilizar su funcionamiento y tornar al sistema eficaz.

Ecuador empieza a realizar en 1992 sus primeras reformas a la gestión de la justicia y lo hace a través de proyectos de ley, sin embargo en 1997 a través de consulta popular se hicieron cambios para que la Función Judicial no esté sujeta a variaciones políticas. En 2001 entra en vigencia el Código de Procedimiento Penal, que traía consigo la implementación del nuevo sistema y de una visión distinta de la investigación del delito, que titularizaba a fiscalía como el órgano persecutor del Estado.

Hasta antes de la promulgación del código mencionado, “el 96% de procesos penales terminaba con un auto de prescripción de la acción, auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria y sólo el 4% concluía con sentencia condenatoria, consagrando un alto porcentaje de impunidad”⁴⁶.

Otra de las razones que propició el desarrollo de este procedimiento en el Ecuador, según el Dr. Richard Villagómez, fue un proceso de reformas políticas – criminales que buscaban la eficiencia del sistema penal, entre ellas:

- “Concentrar los recursos para la persecución de los delitos más graves.
- Diversificar la respuesta estatal frente a la criminalidad, viabilizando el arreglo por medios no tradicionales.
- Obtener condenas socialmente óptimas tanto en función de recursos cuanto en el cumplimiento de los fines de la pena, como la retribución y la prevención general”⁴⁷.
- Disminuir las costas del proceso penal.
- Reducir el número de personas que no cuentan con sentencia.

Ramiro Ávila Santamaría, profesor de Derecho Penal de la Universidad Andina Simón Bolívar, indica que el procedimiento abreviado toma

como punto de partida el efficientísimo penal, buscando reducir tiempo y costas procesales, aparentemente; pero si lo analizamos desde el punto de vista del

⁴⁶ Richard Villagómez, *El Rol del Fiscal en el procedimiento abreviado*, (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 24

<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/484/1/T605-MDP-Villag%C3%B3mez-El%20rol%20del%20fiscal%20en%20el%20procedimiento%20penal%20abreviado.pdf>

⁴⁷ *Ibíd.*25

garantismo penal, podemos señalar que el derecho penal tiende a la reducción máxima de la violencia del poder punitivo, es decir, el mínimo de aflicción en su ejercicio, objetivo que en el proceso penal está dirigido a la parte más débil, el procesado, mediante la implementación de garantías penales y procesales idóneas, ya que sólo así se configura un modelo normativo de derecho penal mínimo, en el que el poder está limitado y vinculado por los derechos humanos, mediante obligaciones de no hacer y hacer respectivamente⁴⁸.

El indicado profesor observa que

...El procedimiento abreviado rompe con todas las garantías del debido proceso, conquistadas en más de doscientos años de derecho penal liberal. Ahora se puede condenar en juicio sumario, se admite la famosa máxima, que era propia del derecho civil: *a confesión de parte, relevo de prueba*, se atenta contra el principio, que fue la principal arma, contra la tortura en el proceso que es la prohibición de auto inculpación...⁴⁹

Varios autores manifiestan que el procedimiento abreviado no atenúa los problemas ocasionados por la demanda penal sino que simplemente evidencia la ineficacia del Estado para solucionar conflictos penales. Es por esta razón que se ha dado lugar al fenómeno conocido como inflación penal, que es la falsa creencia generalizada de que la norma penal va a solucionar todas las infracciones. Es por eso que se pueden encontrar dentro del sistema muchas leyes penales que no son idóneas para esta finalidad. Al respecto, Nils Christie expresa que no se puede tener una mirada ingenua sobre la expansión del derecho penal, porque esta también obedece al mercado que vive de la industria de la seguridad y del miedo de la población⁵⁰.

En consecuencia, no se puede confiar con ligereza en las respuestas de los operadores de justicia ni tampoco se puede ver al procedimiento abreviado como una solución a la acumulación en los procesos, ya que ha incrementado el número de personas encarceladas y comporta la vulneración de varios derechos transcendentales para la defensa.

Hay autores como Gabriel Ignacio Anitua, que rechazan al procedimiento abreviado porque es una innovación extranjera que no responde a la realidad latinoamericana y además porque representa a la nueva era de la *gran segregación*, ya

⁴⁸ Ramiro Ávila Santamaría, *La (IN) Justicia Penal en la Democracia Constitucional de Derechos. Una Mirada desde el garantismo penal*, (Quito: Ediciones Legales, EDLE S.A, Universidad Andina Simón Bolívar, 2013), 23

⁴⁹ *Ibíd.*, 23.

⁵⁰ Alberto M. Binder, *Tensiones Político – Criminales en el Proceso Penal*, (Bogotá: Instituto de Altos Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal, Comparado. Propuesta y Debate, Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012), 4.

que para él hay tendencias en los Estados de incluir políticas penales que se dirigen exclusivamente a la incapacitación de los sectores sociales no integrados al mercado y esto en razón de la crisis del mito resocializador que trata de mantener neutralizados a los diferentes⁵¹.

En este contexto, Maximo Sozzo trae a colación el concepto de populismo penal, formulado por Anthony Bottoms como un conjunto de medidas que responde a lo que “la gente piensa, siente y quiere en el campo del delito y de la pena”⁵². Las interpretaciones que se han dado en América Latina en este campo, según el autor “han enfatizado el incremento de la punitividad, la búsqueda deliberada en el aumento de la pena y el rol del político profesional, como alguien que busca construir consenso y legitimidad utilizando el incremento de la punitividad como una moneda de cambio en el mercado político”⁵³.

Al respecto hay que tener en cuenta que este populismo penal está pensado para los *otros*, porque cuando en la reflexión del delito están involucradas personas de nuestro entorno, la tendencia es que se les aplique procedimiento y penas más tolerables que favorezcan su defensa y su rehabilitación; sin embargo, el planteamiento del aumento de las penas está formulado de manera abstracta y esta es la razón por la cual ninguna de estas fórmulas ha logrado la erradicación del delito como se proponen.

Para Luigi Ferrajoli, el *plea bargaining* o procedimiento abreviado proviene de

... una confusión entre el modelo teórico acusatorio, que consiste únicamente en la separación entre juez y acusación, en la igualdad entre acusación y defensa, en la oralidad y publicidad de juicio, y las características concretas del proceso acusatorio estadounidense, alguna de las cuales, como la discrecionalidad de la acusación penal y el pacto, no tienen relación ninguna con el modelo teórico...⁵⁴.

Karl Heinz Gössel afirma que los operadores de justicia acuden al procedimiento abreviado no sólo para evitar la sobrecarga procesal y así evitar la

⁵¹ Gabriel Ignacio Anitua, *El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva* (Argentina: Fondo de cultura económica, 2003), 137

⁵² Andrés Gómez y Fernanda Proaño, *Entrevista a Máximo Sozzo, Qué es populismo penal*, (Ecuador: Urnio, Revista Latinoamericana de Seguridad ciudadana No. 11, marzo 2012) 117 <http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/117-122/1733>

⁵³ Andrés Gómez y Fernanda Proaño, *Entrevista a Máximo Sozzo, Qué es populismo penal*, (Argentina: Urnio, Revista Latinoamericana de Seguridad ciudadana No. 11, marzo 2012), 118

⁵⁴ Luigi Ferrajoli, *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal*, (Buenos Aires: Editores del Puerto - Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp, El Procedimiento Abreviado, 2001), 33

prescripción de los causas, sino que es por “comodidad y pereza de quienes celebran esos acuerdos”⁵⁵.

Mercedes Herrera dice que no se puede hacer un análisis apresurado sobre la implementación de esta institución jurídica extranjera a nuestro sistema, porque lo importante no es su origen sino que es necesario observar que se ha extendido como solución, ya que limita la función de las garantías en el derecho penal y cambia toda la estructura normativa⁵⁶.

La estructura del proceso penal se funda en el principio de presunción de inocencia, que establece que toda persona que está involucrada en una investigación debe ser considerada inocente mientras no se justifique su responsabilidad sobre el hecho que se le acusa, es decir, es una garantía para que un acusado tenga un juicio justo. Para lograr este objetivo se requiere además dotar de otras garantías al imputado ya que el poder punitivo del Estado necesita de límites de respeto a los derechos fundamentales de la persona.

En el procedimiento abreviado son varios los principios que entran en juego y que muchos doctrinarios señalan que son violentados. Uno de ellos es la prohibición de autoincriminación que en nuestra Constitución se encuentra establecida en el Art. 77 literal c) y contemplado en los Convenios Internacionales que protegen a la persona de cualquier presión para este efecto.

En el procedimiento abreviado previsto en nuestra legislación se requiere como requisito fundamental, el sometimiento por parte del procesado de forma voluntaria, quien toma la decisión por consejo de su abogado de confianza o por el defensor público que esté hecho cargo de la causa, quien debe indicarle las consecuencias y efectos jurídicos de su confesión. En relación con esta autoinculpación a que se refieren varios autores hay que tomar en cuenta que se trata más bien de la admisión de la culpa en el cometimiento del delito precisamente, para viabilizar el procedimiento abreviado, es decir en uso del derecho de defensa para liberarse de las implicaciones de un juicio penal ordinario.

⁵⁵ Karl Heinz Göessel, *¿ A dónde va el proceso penal? La defensa penal* (Argentina: Revista de Derecho Procesal Penal. Ed. Rubisal – Culzoni. Director Edgardo Alberto Donna, 2012) 1

⁵⁶ Mercedes Herrera, *La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho Penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano* (Perú : Revista de Política Criminal. Vol 1, Julio 2016), 10

El principio de contradicción consagrado en el Art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador y en el Art. 5 del Código Orgánico Integral Penal que permite la confrontación pública a las pruebas presentadas por la fiscalía, es la facultad que tiene la contraparte para objetarlas, tacharlas e incluso observarlas para que el juzgador las considere en su resolución. En el procedimiento abreviado se anula esta posibilidad.

Otro de los principios que resultan vulnerados en el procedimiento abreviado es la publicidad, establecido en el Art. 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que todas las diligencias deben ser públicas, es decir que cualquier persona pueda tener acceso al conocimiento de este juicio, excepto en aquellos casos que tengan el carácter de reservados.

Para Karl Heinz Gössel el procedimiento abreviado no permite la aplicación del principio de publicidad porque frecuentemente el contenido de los acuerdos logrados por la fiscalía y el procesado no tienen regulación ni control⁵⁷, y si se quiere hablar de un procedimiento justo es indispensable que la negociación se desarrolle en la audiencia de juicio, porque ahí el juzgador puede verificar que el órgano persecutor del Estado no comete irregularidades y garantiza la igualdad entre las partes.

Otra de las observaciones que realiza Gössel al procedimiento abreviado es que elimina la apelación, no hay revisión de los acuerdos por parte de un organismo superior. "... Se pretende en la práctica que el sentenciado renuncie a la vía recursiva, incluso es parte de la negociación el no acudir a un organismo superior ..."⁵⁸. En principio elimina la apelación porque se presume que proviene de un acuerdo entre la fiscalía y el procesado, por lo que no debería existir observación alguna a la sentencia, pero en la práctica los sentenciados y hasta la propia fiscalía recurren a esta instancia cuando consideran que la pena puede ser mayor o menor a la acordada.

En la versión dominante de la práctica del procedimiento abreviado norteamericano, según el Lugman, "... el Fiscal usurpa las funciones del Juez ya que establece el tiempo que una persona permanecerá en un centro de rehabilitación social"⁵⁹. El fiscal concentra la potestad de realizar prueba, juzgar y sancionar; se lo proponga o no adquiere las mismas potestades que tenía el Juez en el sistema inquisitivo anterior, por lo que se trasgrede una serie de principios que son el soporte del derecho a la defensa.

⁵⁷ Karl Heinz Gössel, *¿ A dónde va el proceso penal? La defensa penal*, (Revista de Derecho Procesal Penal. Ed. Rubisal – Culzoni. Director Edgardo Alberto Donna, 2012) 2

⁵⁸ *Ibíd.* 3

⁵⁹ John Langbein, *Tortura y plea bargaining*, (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001) 8

John H. Langbein, en su ensayo "*Tortura y plea bargaining*" establece una semejanza entre el sistema medieval europeo y el *plea bargaining* norteamericano, ya que para el autor los dos sistemas utilizan la coerción para obtener la declaración de culpabilidad de una persona acusada; en ambos se elimina la función de atribución de responsabilidad designada a los jueces o fiscales, según sea el sistema. En los dos sistemas para el acusado es terriblemente costoso sujetarse al procedimiento judicial normal, porque los jueces de tribunal no pueden sancionar con el tercio de la pena sino que lo hacen en los términos previstos en el tipo penal.

Para el autor la admisión de responsabilidad por una infracción penal no es confiable, ya que es mucho más probable que la haya aceptado para evitar una pena más grave.

2.2. Los operadores de justicia, los ganadores

De este ejercicio de fuerza hay quienes resultan ganadores y son los operadores de justicia. Por un lado, los fiscales quedan satisfechos pues no hay que investigar los hechos; los jueces elaboran sentencias en base a modelos anteriores; este procedimiento también es favorable para la defensoría pública o privada porque consigue que se atenúe la pena. Sin embargo se olvidan del sentenciado que sigue privado de su libertad y endeudado por la imposición de una multa⁶⁰.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 636 establece el trámite que debe seguir el procedimiento abreviado: la Fiscalía puede proponer al procesado acogerse a esta clase de procedimiento, que de ser aceptada se acordará conjuntamente con la defensa la calificación jurídica del hecho punible y la pena. La pena sugerida debe ser el resultado del análisis de los hechos imputados, los elementos encontrados y de las circunstancias atenuantes, sin que la rebaja sea menor del tercio de la pena prevista en el tipo penal.

En la práctica, lo establecido por dicho artículo se cumple parcialmente; la aplicación del procedimiento abreviado conlleva que exista una negociación entre fiscalía, defensa y procesado, pero la primera de ellas impone a su discreción la pena a cumplirse. Las penas no guardan uniformidad, dependen de la interpretación que realiza

⁶⁰Luigi Ferrajoli, *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal*, (Buenos Aires: Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp, El Procedimiento Abreviado, Editores del Puerto, 2001), 45

el titular de la acción pública. En algunos casos puede ser el tercio de la condena, en otros el tercio es restado a lo establecido en el tipo penal.

La aceptación del procedimiento abreviado también implica para el procesado la imposición de una multa que inexplicablemente no entra en la negociación, por cuanto la Fiscalía no considera que esta es parte de la pena.

En relación con las multas Jueces de primera instancia han consultado a la Corte Nacional de Justicia si su valor se podría modificar proporcionalmente a la pena, es decir si esta tenía que ser accesoria a la pena, elemento principal de la negociación y la Corte se pronunció en sentido favorable; sin embargo existen jueces que consideran que el pronunciamiento de la Corte Nacional no tiene carácter de jurisprudencia obligatoria y siguen fijando el monto establecido en el código citado pasando por alto la realidad social del reo, al que se reduce a una mayor pobreza y producen en la práctica su muerte civil, lo que impide que se cumpla uno de los objetivos de su rehabilitación que es su reincorporación a la vida social. Algunos Fiscales y Jueces no acceden a la modificación de la multa porque temen exponerse a ser glosados por la Contraloría General del Estado, y no tienen en cuenta el espíritu de equidad que debe guiar a los operadores.

En lo que respecta a la autoinculpación de la persona privada de la libertad, el mecanismo efectivo del que se han valido los operadores de justicia, es la amenaza al procesado de que continúe sometido a un tribunal riguroso. En este sistema se premia a los confesantes con la finalización de la incertidumbre jurídica y a los que se resisten se los castiga por acudir a la siguiente etapa del procedimiento.

La negociación en el procedimiento abreviado es en la práctica una relación de poder, en la que priman los intereses de los operadores de justicia, quienes han mecanizado la aplicación del procedimiento abreviado porque tienen códigos tácitos de comunicación que sólo son conocidos por sus actores. Como lo manifiesta Luhmann, “la comunicación solo se produce cuando alguien mira, escucha, lee y comprende lo suficiente como para que la comunicación pueda producirse”⁶¹.

De igual manera, para Pierre Bourdieu, quien ha tratado de explicar este fenómeno a través de la teoría de los campos, como mencionamos en la primera parte de

⁶¹Niklas Luhmann, *Sistema y entorno* (Barcelona: Editorial Anthropos - en Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general, 1998), 173 – 198.

este trabajo, indica que se permite esta alteración porque los teóricos y los prácticos compiten por mantener la creación y acumulación del capital jurídico⁶².

Para entender de forma más explícita lo que menciona el autor, es necesario tener en cuenta qué es campo jurídico. Al respecto nos dice Bourdieu que es el espacio social en el que distintos agentes luchan por determinar que es derecho. Un campo está caracterizado por los siguientes elementos: es un espacio de lucha, es limitado, está definido por reglas y la distribución de fuerzas es desigual⁶³.

En relación al hábito, otro componente importante para su teoría menciona que está vinculado con el campo y que “aparece como una parte constitutiva del espacio”⁶⁴; indica que no tiene que ver con la costumbre ni con el concepto cotidiano que le damos a la palabra hábito, nos dice que son los márgenes de maniobra que tienen los agentes, es su modo de acción, son las prácticas sociales a las que el autor indica que tienden a estar compuestas por dos visiones objetivas y subjetivas: las primeras regidas por la estructura, precisadas en la norma mientras que las segundas involucran la ideología, la interpretación del mundo y el sentir que tiene el agente dentro del campo que está condicionado por su posición⁶⁵.

La formación de estas reglas nacen para Bourdieu del campo y del hábito; actúa en el campo del derecho generando normas que no tienen conexión con los principios y que obedecen a la estrategia de los operadores jurídicos. Para precisar lo que es derecho es necesario tomar en cuenta que este tiene dos fases: la primera obedece a la realidad histórica de cada nación y la segunda al acuerdo entre los jueces, fiscales y abogados de la defensa, que vendría a ser en palabras de Bourdieu la competencia al interior del campo jurídico y la relación del campo jurídico con otros campos de poder.

El contenido de las normas es el resultado de la lucha; la norma representa una

... fuerza simbólica que se encuentra encerrada allí; en estado potencial, sin embargo, por más que los juristas puedan enfrentarse entre sí debido a textos cuyo sentido no se impone jamás de manera imperativa, se encuentran incluidos dentro de un cuerpo fuertemente integrado de instancias jerarquizadas que está en

⁶² Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes, Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanitarias, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2000), 156

⁶³ Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes –Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanitarias, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2000), 64

⁶⁴ *Ibíd.*, 68

⁶⁵ *Ibíd.*, 69

condiciones de resolver los conflictos entre los intérpretes y las interpretaciones...

⁶⁶.

Es decir que se permite en el derecho conceder a ciertos agentes discrecionalidad para la aplicación, ya que se permiten a través de ella introducir los cambios a las instituciones jurídicas que admiten la supervivencia del sistema.

El campo jurídico se construye a través del formalismo jurídico, que se compone de varias formas, siendo una de estas el lenguaje, que ayuda al mantenimiento del sistema, puesto que evita los riesgos; es la herramienta que permite al campo del derecho aparecer como autónomo: creando como efectos la fijación de conocimiento y las consecuencias que sufren los infractores que son ejemplificadores de la conducta que se plasman por medio de la ritualización de las decisiones.⁶⁷

... Para Bourdieu esta ritualización tiene tres efectos:

1.- Facilita la fijación del conocimiento, la maestría en el mismo, mediante la objetivación que produce.

2.- Supone la oficialización del saber, permite que todo el mundo sea testigo y a la vez inquisidor de aquello que se hace, ratificándolo, homologándolo, mediante un esquema lingüístico.

3.- Permite la formalización racional, no mágica del conocimiento, abre la puerta a la universalización de categorías que son propias y, en gran medida arbitrarias...⁶⁸.

La negociación de la pena está sujeta a ciertas prácticas judiciales que se fijan a través del rito; para Foucault así se crea verdad; esta verdad no es proveniente de la ciencia sino de las reglas del juego. Estas prácticas sociales que se dan en la negociación del procedimiento abreviado no quedan registradas sino sólo su resultado, su contenido no es público, se desconoce quién cede más que otro participante y que técnicas se utiliza para incidir en su aceptación y confesión; una de estas prácticas judiciales es la presión por parte de fiscalía de prolongar la permanencia del procesado en la cárcel, el mantener a una persona privada de su libertad en un centro que no reúne ni las condiciones mínimas para su estadía, sumado con el hacinamiento, la extorsión y con todos los eventos desagradables que ocurren en una cárcel, factores que influyen completamente en la decisión de una persona para su sometimiento, doblega su

⁶⁶ *Ibíd.* 165

⁶⁷ *Ibíd.*, 156.

⁶⁸ Pierre Bourdieu, *La fuerza del derecho* (Bogotá: Ediciones Uniandes –Biblioteca Universitaria, Ciencias Sociales y Humanitarias, Facultad de Derecho Universidad de los Andes, 2000), 74

voluntad con tal que termine la tortura del encierro aceptan un procedimiento que tal vez estando en otra circunstancia no lo admitiera.

Para Bourdieu el campo se halla conformado por agentes e instituciones, “que están en permanente lucha para apropiarse de productos específicos que se encuentran en disputa, de acuerdo con las regularidades y las reglas constitutivas de este espacio de juego, con distintos niveles de fuerza entre los competidores y con diversas probabilidades de éxito”⁶⁹. Los agentes en este campo jurídico son los jueces y fiscales frente a los defensores y los procesados.

Toda sentencia es el resumen de esta lucha, de esta relación de poder que tiene como resultado el triunfo de los operadores de justicia. Este triunfo significa acervo, conocimiento y determina el actuar de los otros agentes, cuando se enfrentan a un caso similar.⁷⁰ Este es lo que denomina Bourdieu como el capital jurídico; los agentes determinan lo que es derecho en base a estrategias dependiendo su posición en el campo.

Es así que las relaciones de poder se dan como la representación del dominio de los operadores de justicia sobre los infractores.

Para Bourdieu hay una rivalidad reglada entre las instituciones y sus agentes, en la que los principios provenientes del desarrollo jurisprudencial no son aplicados de forma imperativa.

Como ya se mencionó esta rivalidad tiene un límite que es la sentencia o también las llamadas decisiones judiciales, que generalmente están regidas por la política y por la jerarquía, siendo su fuente una norma.

Los efectos de la aplicación del procedimiento abreviado se deben a la relación de poder que ratifica las conquistas de los operadores de justicia⁷¹. Para el autor colocar un problema en las manos del derecho, implica renunciar a la violencia física y a la verbal, adaptarse a las reglas de la estructura y no oponerse a sus decisiones; si se realiza alguna debe efectuarse bajo las reglas del derecho. Lo manifestado por dicho autor es visible en el procedimiento abreviado. Sin embargo, si el sistema permite que una persona asuma la responsabilidad de un hecho que tal vez no cometió, por qué se permite la presión sobre la persona privada de libertad siendo que no recibe mayor beneficio en la aplicación de este procedimiento.

⁶⁹ *Ibíd.* 62.

⁷⁰ *Ibíd.* 160.

⁷¹ *Ibíd.* 167

La respuesta es que una persona como esta sería enemiga del Estado, a quien se la debe marginar por ser diferente, por no acoplarse a las normas de conducta que la sociedad ha establecido; el sistema los excluye y son sancionados porque no cumplen con los parámetros de normalidad; legalizar esta apabullante realidad no resulta tan complicada para los operadores de justicia porque la fórmula para encarcelar a los infractores es efectiva y mantiene el statu quo, transformando así al procedimiento abreviado en el instrumento perfecto para mantener la distribución de poder en el campo.

Además, porque dentro de toda súper estructura estatal es importante la existencia de un enemigo como lo menciona Umberto Eco, ya que nos ayuda definir nuestra identidad como nación y ayuda a medir nuestro sistema de valores.⁷² Es decir se sanciona a los que no son parte del grupo y representan una amenaza, que aunque no se efectivice son una señal de peligro. Para este mismo autor los enemigos son los feos, los negros, las mujeres, los leprosos, los vagabundos, los alcohólicos, los drogadictos y las personas privadas de libertad.

Esta marginación social confirma el postulado propuesto por Bourdieu de que el derecho es una forma de violencia simbólica porque al grupo que es repudiado por la sociedad se lo aglutina en los centros de rehabilitación social, que no son dignos de esa denominación porque lo único que representan es lo que la sociedad esconde, lo que no quiere ver. Erving Goffman manifiesta que se agrupa a los seres humanos en diferentes instituciones totales dependiendo del estatus social, que pueden clasificarse en cinco grupos: el primero los ancianos, el segundo los hospitales psiquiátricos, el tercero las cárceles, el cuarto las escuelas o las instituciones que sirven para optimizar el trabajo, y el quinto los monasterios o las abadías. El resultado es un ordenamiento social en beneficio de los detentadores del poder.

Esta realidad se refleja en la política criminal del Estado ecuatoriano que considera que aumentar las condenas es una medida que previene la delincuencia. Los gobiernos relacionan la transformación de la justicia con la seguridad ciudadana. Así por ejemplo se encontraba plasmado en el Plan del gobierno de la Revolución Ciudadana, en el que se indicaba que “una justicia incapaz de sancionar a los reos de manera eficaz es un incentivo a la reiteración del delito”⁷³. Esto demuestra que el eje de la

⁷²Umberto Eco, *Construir al enemigo* (Buenos Aires: Editorial Lumen, 2012), 13 – 39.

⁷³ Plan del Buen Vivir 2013- 2017. (Quito – Ecuador : Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades 2013) 201

preocupación del Estado no es el ser humano sino la supervivencia institucional a través del populismo penal. Es por esta razón que Renato Vannelli Viel ha manifestado que

... La política se encuentra dentro de una crisis estructural como actividad destinada al bien público, pues su asiento continua siendo esencialmente local para la solución de conflictos y, como su lenguaje es el único que podemos utilizar para buscar soluciones a las desdichas y preocupaciones compartidas, existe en la clase política una tendencia natural a encontrar explicaciones y remedios convencionales de corto alcance, puramente efectistas. Hay en las élites políticas una comprensible inclinación a desviar la causa más profunda de angustia – es decir la inseguridad y la incertidumbre de los individuos- , depositándola en la preocupación popular por falta de protección. Se intenta imponer este sentimiento de inseguridad material a toda la población...⁷⁴

Con esto se demuestra que sigue teniendo fuerza el argumento propuesto por Luhmann que precisa que lo importante es el mantenimiento de la estructura estatal y mientras esta no sufra ninguna consecuencia el resto es accidental y lo podrá resolver la estructura. Para Michel Foucault, el sistema empuja a los más débiles a ser víctimas de esta relación de poder. Algunos doctrinarios señalan la arbitrariedad de este procedimiento abreviado; sin embargo, no son escuchados y no generan ningún efecto sobre el sistema.

Pese a este panorama los reos aceptan ser condenados por este medio. La primera razón sería porque con el procedimiento abreviado se asegura que el juzgador impone el mínimo de la condena y porque durante la investigación la defensa poco es lo que puede aportar sobre la actividad que lleva a cabo el procesado y que puede explicar el cometimiento o gravedad de la infracción. Para varios autores la pena no soluciona nada y según manifiesta Luis Roy Freyre

...nadie hasta hoy puede explicar satisfactoriamente cómo el recorte de la libertad ambulatoria, con todas las graves consecuencias que trae consigo la vida que transcurre en prisión, sea capaz de conseguir su reincorporación a la vida en sociedad. Aquí el discurso penal queda manifiestamente deslegitimado por la misma realidad, sin mayor esfuerzo para desenmascararlo⁷⁵.

El Estado está en la obligación de velar por todos sus miembros sin condiciones, así sea que estén cumpliendo la pena; se les debe garantizar la reinserción social pues el objetivo de la pena no es marginar al sentenciado, aislarlo como un animal peligroso. De acuerdo al Art. 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)

⁷⁴Renato Vannelli Viel, *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal* (Perú: Ara Editores E.I.R.L, 2015), 339

⁷⁵ Luis Roy Freyre, *La irracionalidad de las penas y sus correctivos Jurídicos*, en José Francisco Caballero Castillo, *Cuestiones de Derecho Penal , Proceso Penal y Política Criminal* (Perú: Ara editores, 2010), 403

“el régimen penitenciario constituirá un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y readaptación social de los penados”⁷⁶. Imponer multas excesivas impide que cualquier persona se reincorpore a la sociedad por lo que el fin de la pena no se cumple.

... Para Raúl Zaffaroni uno de los objetivos de la condena es “minimizar la violencia en la sociedad, porque tanto el delito como la venganza son razones construidas que se enfrentan en un conflicto violento resuelto por la fuerza, la fuerza del delincuente y la fuerza de la parte que se siente ofendida o lesionada. Si la venganza es incierta así se llegare a abolir todo sistema punitivo, se institucionalizaría el abuso a través de la venganza incontrolada y sin parámetros reguladores de parte de la víctima del delito o de sus allegados...”⁷⁷.

Al imponer una multa el Estado crea más violencia, no solo en contra de los privados de la libertad sino de sus familias. La privación de la libertad de una persona es un alivio para otros miembros de la sociedad. Hasta ahora ningún grupo político por más garantista que se crea, se atreve a promover alternativas al encierro y a pedir a los organismos estatales su incorporación a la legislación, tal vez porque estas medidas no son populares y no permitirían su ascenso al poder. Aún para estas asociaciones el fin de la pena sigue siendo la prevención general, adaptada a la peligrosidad, “que es calculada en razón de la potencialidad dañosa del sujeto”⁷⁸.

Para Günther Jakobs “la privación de la libertad asegura que el sujeto preso no podrá cometer delitos fuera del recinto penitenciario. En estas circunstancias la pena funciona también como medida de aseguramiento que se dirige no en contra de la persona en general sino en contra del individuo peligroso”⁷⁹, constituyendo este en el otro enemigo. Para concluir se debe indicar de los autores aquí citados coinciden en señalar que en la sociedad es más importante la supervivencia de la estructura social y que el ser humano como tal. El derecho aparece como una herramienta para su mantenimiento.

Las normas penales permiten la autoinculpación del procesado a cambio de un juzgamiento benigno y las conquistas en materia de derechos humanos son derrotadas por la conveniencia de los operadores de justicia. La amenaza de enfrentarse a un tribunal severo ha sido desde siempre un mecanismo efectivo para la vigencia del

⁷⁶ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 14 de septiembre de 2017. <http://www.cinu.org.mx/onu/documentos/pidcp.htm>.

⁷⁷ Alfonso Zambrano Pasquel, *Temas de Derecho Penal y Criminología*. (Guayaquil: Offset Graba, 1988), 62.

⁷⁸ Nodier Agudelo Betancur, *Grandes corrientes del Derecho Penal* (Colombia: Temis, 1989), 11

⁷⁹ Alfonso Zambrano Pasquel, *Temas de Derecho Penal y Criminología*. (Colombia: Offset Graba, 1988)

procedimiento abreviado; en este sistema se premia a los confesantes con la finalización de la incertidumbre jurídica y a los que no lo hacen se los castiga por acudir a la siguiente etapa del procedimiento.

2.3. Negociación

La negociación es la clave del procedimiento abreviado, que tiene por objeto conseguir recíprocas concesiones o convenios entre la fiscalía y la defensa sobre la culpabilidad del reo. La negociación “es un proceso que ofrece a las partes la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos formales, tratando de resolver sus diferencias”⁸⁰

Negociar es el arte de intercambiar y regatear. Cada una de las partes desea conseguir de la otra al menor precio posible. Supone, además, una satisfacción (obtener lo que desea) y una insatisfacción (dar lo que se posee), al mismo tiempo. Por otra parte, solo se negocia cuando cada uno puede obtener de la otra lo que necesita.

Para Roger Fisher y William Ury, la negociación es una forma básica de comunicación, realizada para llegar a un acuerdo. Para Mario Sitnisky, la negociación es la formulación de propuestas y su análisis para lograr la decisión de otra parte.

Para Edith Torres Amaya la negociación es un proceso dinámico de comunicación, verbal o no, entre dos o más partes con el objeto de satisfacer sus intereses. Es el desarrollo de la comunicación entre las partes en discrepancias que buscan llegar a un resultado mutuamente aceptable sobre un asunto o asunto de preocupación mutua, por el que las partes interesadas resuelven conflictos, acuerdan líneas de conductas, buscan ventajas individuales o colectivas o procuran obtener resultados que sirvan a sus intereses mutuos, por ello se contempla generalmente como una forma de resolución alternativa de conflictos⁸¹.

Se puede indicar que una de las características de la negociación, como aluden la mayoría de doctrinarios, es ceder para ganar, intercambiar compromisos. Para Mercedes Herrera la negociación en el procedimiento abreviado tiene una connotación diferente: “significa renunciar a uno de los fines más importantes del derecho procesal penal: la

⁸⁰ Mislany Hernández Aguilar, *Aspectos claves de una negociación efectiva*, (Colombia: Conferencia empresarial realizada en Colombia, 12 de noviembre de 2014) 4. <https://www.gestiopolis.com/que-es-negociacion-tipos-etapas-y-tecnicas-efectivas/#autores>

⁸¹ Tácticas de Negociación Empresarial – Edith Torres Amaya, <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/212/304>; 30/08/2017

búsqueda de la verdad material como condición para desvirtuar la presunción de inocencia y emitir una sentencia condenatoria”⁸²

La autora recalca que la negociación implica prescindir de la prueba, lo que consiste en renunciar a las armas durante la contienda (juicio); además señala que va en contra de la función del derecho penal, ya que al cambiar las reglas establecidas por el derecho procesal penal a las reglas de la negociación no se protegen debidamente a los bienes jurídicos, como la vida, salud pública, la propiedad, etc.⁸³.

Asimismo precisa que en el derecho penal existen instituciones que amparan al infractor cuando comete una acción delictiva, en contra de sus propios intereses o de terceros, como son la legítima defensa y el estado de necesidad y si el objetivo es la disminución del tiempo de condena existen dentro del código penal los mecanismos atenuantes de la infracción penal, es decir que si la defensa de una persona procesada considera que la conducta de su defendido se adecúa a algunas de las circunstancias establecidas por la norma penal, debería probarlas para que sean consideradas por la fiscalía o en su defecto sean ratificadas por el Tribunal Penal competente.

Otro de los puntos que según la autora ataca el procedimiento abreviado y por ende la negociación son los efectos que causa sobre la prevención general de la pena, ya que según la autora hay un menoscabo en la confianza que tiene la ciudadanía en el ordenamiento jurídico; las normas jurídicas ya no cumplirían su función de disuadir al ciudadano de ejecutar una acción prohibida, porque el que cometería una infracción sabría que solamente recibiría una pena atenuada; incluso la presión psicológica sobre las personas para que no cometan infracciones penales no estaría dando resultado porque depende de la imposición de la pena y esta se vería afectada con el procedimiento abreviado.

Para la autora la prevención general de la pena no sólo tiene como consecuencia la creación de normas penales “que determinen con claridad el contenido del acto injusto y prohibido, sino que también implica la imposición y la ejecución de la pena”⁸⁴.

Al respecto deja señalado que la prevención general de la pena no sólo depende de la norma sino del Estado que debe desarrollar políticas públicas para evitar que las personas cometan delitos; buscar mecanismos para disminuir la tasa delincencial, la

⁸² Mercedes Herrera, *La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho Penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano.* (Perú: Revista de Política Criminal. Vol 11, julio 2016), 229

⁸³ *Ibíd.* 230

⁸⁴ *Ibíd.* 235

amenaza de la pérdida de libertad posiblemente no sea efectiva porque no todas las personas conocen el tiempo de condena por las infracciones. Lo manifestado por la autora se inscribe en las teorías que propugnan que elevar los tiempos de condena evita el delito, pero la realidad siempre ha superado a la teoría.

De igual manera el procedimiento abreviado no es para todos los delitos sino solamente como lo determina el Art. 637 del Código Orgánico Integral Penal para aquellos que tienen una sanción menor a diez años.

Cabe recalcar lo mencionado por Mario Duran Migliardi, al referirse a la función de la prevención general de la pena y es que la función de “ un sistema constitucional social y democrático, es la de limitar el *ius puniendi*, y que la prevención del delito se realiza mediante la integración y la resocialización del delincuente”⁸⁵.

También insiste la autora Mercedes Herrera en que la negociación en el derecho penal crea una confusión con el derecho civil, ya que sólo en este se permite llegar a una conciliación, mientras que en el campo penal la norma sancionadora es la que prevalece.

Para el criminólogo Máximo Sozzo, lo que llama la atención en el procedimiento abreviado es el juego de negociación entre las partes, que

... no es público sino que se confirma en las audiencias, defensa y fiscalía negocian en privado una solución para el caso, en las que el fiscal tiene una posición poderosa ya que es la voz de la policía en la producción de pruebas y la defensa tiene poco margen de maniobra...⁸⁶.

Para Luigi Ferrajoli, la negociación entre acusación y defensa es

... exactamente lo contrario al juicio contradictorio característico del método acusatorio y remite, más bien, a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la inquisición. El contradictorio, de hecho, consiste en la confrontación pública y antagónica, en condiciones de igualdad entre las partes. Y ningún juicio contradictorio existe entre las partes que, más que contender pactan entre sí en condiciones de desigualdad...⁸⁷

⁸⁵ Mario Durán – *La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre la función*, (Madrid: Revista de Derecho de la Universidad de Salamanca, Vol. XXIX. Junio 2016), 5.

⁸⁶ Máximo Sozzo, *Democratización y penalidad en la Argentina*. (Argentina: Revista Derecho Penal y Criminología – Año IV 2004), 3.

⁸⁷ Luigi Ferrajoli, *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal* (Buenos Aires: Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp, El Procedimiento Abreviado, Editores del Puerto, 2001), 50

Para Mercedes Herrera la negociación también expone al procesado a un terreno donde la desigualdad y arbitrariedad imperan.⁸⁸ En ese sentido, la autora reitera que

... la función del derecho penal supone la vigencia segura de la norma de que la prohibición no puede ser objeto de negociación entre las partes en el proceso penal, así la norma jurídico penal constituye un imperativo categórico, con la negociación en el proceso penal se convierte a la norma de sanción en objeto de negociación entre el fiscal y el acusado...⁸⁹.

Una de las funciones que también tiene el derecho penal es la protección y el resarcimiento de los bienes jurídicos afectados por el acto ilícito; las víctimas son protagonistas en el procedimiento penal y por lo tanto se exponen a no ser indemnizadas. Para Ferrajoli la negociación no puede sino fundarse en un mecanismo perverso

... que hace del juicio un lujo reservado sólo a quienes estén dispuestos a afrontar costes y riesgos, y que puede quedar reducido a un juego de azar en el que el imputado, incluso inocente, se coloque ante la disyuntiva entre la condena a una pena reducida y el albur de un juicio ordinario que puede cerrarse con la absolución pero también con una pena más grave...⁹⁰

Por lo que en el procedimiento abreviado el consentimiento no es voluntario, ya que la persona privada de la libertad sufre de antemano los padecimientos de la cárcel, es decir que la presión sobre el procesado se eleva a niveles que no están contemplados en ninguna parte de la ley. Según Juliana Oliva la negociación no existe, da lugar al autoritarismo sino y a que se

... retomen prácticas inquisitivas, en cambio sólo en el marco de un juicio público, los roles quedan diferenciados y el método acusatorio perteneciente al juicio contradictorio, eleva en condiciones de igualdad a partes materialmente desiguales...⁹¹

Para Alberto Bovino dentro del procedimiento abreviado el derecho a la defensa se ve afectado porque se limita a un mero asesoramiento; es realizar una simple ponderación de los elementos que tiene Fiscalía y los que ha podido aportar la defensa. Para el autor mencionado esto no es proteger a una persona privada de la libertad sino es

⁸⁸ Mercedes Herrera, *La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho Penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano*, (Perú: Revista de Política Criminal. Vol 1, Julio 2016), 7

⁸⁹ *Ibíd.* 8

⁹⁰ Juliana Oliva, *La negociación y la celeridad en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires*, (Buenos Aires: Revista de Derecho Penal y Criminología. Año IV, 2014), 91

⁹¹ *Ibíd.* 93

exponerla a la presión y arbitrariedad generada por Fiscalía. Hay que tomar en cuenta que la defensa para este pensador es “presentar algún tipo de resistencia a la actividad persecutoria del Estado”⁹². Otros de los elementos que señala este autor es que la pena propuesta a los procesados tiene la característica de ser atractiva, es decir la pena debe ser menor a la establecida en el tipo penal, porque de lo contrario no existe ningún incentivo para que el procesado confiese.

En el Ecuador el procedimiento abreviado contempla en el Art. 636 del Código Orgánico Integral Penal⁹³ que la condena no podrá ser menor al tercio de la pena mínima prevista en el tipo penal; por ejemplo, en un delito de robo que tiene una pena de cinco a siete años, la pena correspondiente serían veinte meses. El legislador ha dejado precisado este parámetro, en razón de que antes de la expedición del COIP existían sentencias con penas muy distantes, no obstante tenían la misma calificación jurídica; pero pese a que existe esta reforma siguen habiendo sentencias con penas diferentes. En el ejemplo propuesto anteriormente también la pena correspondiente puede ser de cuarenta meses, pero todavía es una pena muy distante de la anterior y depende de la severidad del Fiscal, es decir de su voluntad.

El Art. 13 del COIP⁹⁴ establece como se interpretan las normas de este cuerpo legal y las reglas deben seguirse para el efecto. Debe hacerse esta interpretación en el sentido que más se ajuste a la Constitución de la República de manera integral y los instrumentos internacionales de derechos humanos, asimismo los tipos penales y las penas; precisa asimismo los tipos penales y las penas se interpretarán en forma estricta, esto es en sentido literal; queda prohibida la interpretación analógica para juzgar infracciones penales; ampliar los límites de los presupuestos legales que permiten la aplicación de una sanción o medida cautelar o establecer excepciones o restricciones de derechos.

Empero este artículo es muchas veces pasado por alto por los operadores de justicia, porque como se ha dejado anotado en líneas anteriores en la negociación no rigen estas reglas, sino más bien la visión criminológica del operador de justicia. También hay que contar con la cultura organizacional de la Función Judicial: así como los operadores de justicia son alentados con recompensas por las causas despachadas

⁹² Alberto Bovino, *El procedimiento abreviado y el juicio por jurados* (Buenos Aires: Editores del Puerto, Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp, El Procedimiento Abreviado, 2001), 33

⁹³ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 636

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 13

también son aterrorizados con los sumarios administrativos si se percibe por parte del órgano de control que los fiscales o jueces tienen actitud indulgente. Recordemos lo manifestado por Raúl Zaffaroni, quien asevera que “ el sistema penal es una forma de control social y la misma responde a una estructura de poder”⁹⁵. Aquí podemos ver claramente lo que menciona Foucault con los sumarios administrativos lo que busca la estructura es normalizar al abogado para así normalizar al delincuente. Este poder está en relación de la política criminal del Estado como ya ha quedado anotado en líneas anteriores y sobre todo al discurso imperante sobre poder y delito.

2.4. Tipos de Negociación

Pero la negociación no está sujeta a formato único, sino que existen diferentes tipos utilizados discrecionalmente por los operadores de justicia. Para Edith Torres Amaya esta negociación es de diferentes tipos: la colaborativa, la competitiva y la integrativa, cada una con diferentes matices, que se explica brevemente a continuación:

Colaborativa.- Es aquella que busca generar opciones para los intervinientes, los participantes tienen similares intereses, preocupaciones y se promueven acuerdos con el menor costo posible para las partes.

Competitiva.- Es aquella en la que una de las partes tiene mejores beneficios que la otra y siempre va a existir un perdedor:

...El principio que la orienta, es el de obtener la máxima ganancia o satisfacción posible para una de las partes, sin importar cuál sea el sacrificio o costo que ello pueda significar para la otra que interviene en la negociación; es una estrategia basada en la defensa de la propia posición, en la que las demandas iniciales del negociador exceden ampliamente a las de la otra parte...

Este tipo de negociación está basada en una relación de poder, en la que una de las partes tiene la capacidad de imponer a otras una determinada acción, a la que posiblemente nunca hubiera accedido de no estar en esas circunstancias⁹⁶.

⁹⁵ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Criminología, Aproximación desde el margen*, (Bogotá : Editorial Temis., 1988) 26

⁹⁶ Edith Torres Amaya, *Tácticas de Negociación Empresarial*, <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/212/304>; 30 de agosto de 2017

Integrativa.- Esta nace de las nuevas teorías de la negociación; en este procedimiento hay colaboración para el cumplimiento de aspiraciones de las partes, hay reciprocidad mutua, una cooperación para conseguir un mejor resultado;

Siguiendo este esquema la negociación del procedimiento abreviado dentro del tipo competitivo ya que una sola de las partes tiene más beneficios que la otra, uno de los medios que se utiliza es la coacción, para obligar a la otra a someterse.

2.5. La arqueología y genealogía del procedimiento abreviado. Análisis desde Foucault

Como ya ha quedado evidenciado el procedimiento abreviado suele ser una relación de poder. Para realizar un análisis del mismo con el método de Foucault, es indispensable revisar el contexto histórico. En primer lugar hay que tener en cuenta que el procedimiento abreviado es una institución jurídica impuesta por un organismo internacional dependiente de Estados Unidos de América; Por consiguiente, el procedimiento abreviado es un trasplante que el país desarrollado lleva a cabo en el menos desarrollado, el cual tiene que adaptarse a este último. De allí surgen los desajustes o problemas de aplicación práctica que se producen no solo al adaptar las leyes a estos esquemas, sino al ponerlas en práctica por parte de operadores de justicia que tienen una mentalidad jurídica diferente. Pero no puede descartarse que al realizar este trasplante los órganos legislativos propios introduzcan modificaciones que pueden adaptar o desvirtuar su aplicación y será con el tiempo cuando estas nuevas instituciones vayan rindiendo los frutos que se esperan de ellas.

También se debe tomar en cuenta el planteamiento que tiene el Estado frente al delito: ser preventivo, ser represivo o rehabilitador, el principio de que parte el plan de gobierno de la revolución ciudadana del Ecuador de que una justicia incapaz de sancionar a los reos de manera eficaz es un incentivo para la reiteración del delito; también se lo puede revertir en el sentido de que esa justicia no es imparcial u objetiva al contrario genera mayor delincuencia porque el reo en lugar de rehabilitarse adopta una actitud de revancha frente al orden establecido y puede cometer crímenes de mayor envergadura.

En lo posible un Estado busca tener en la práctica una política penal integral que contemple algunos de los aspectos mencionados, la prevención puede incidir para que

conductas potencialmente delictuales se neutralicen mediante la creación de estados de conciencia que las inhiban. En el caso de la represión es indispensable que el Estado trate de atenuarla si el delito cometido no es de mayor gravedad, como ha ocurrido en los casos citados en el capítulo tercero, de lo contrario la gente pierde fe en la justicia. La rehabilitación en realidad no existe o es poco efectiva; para ella deberían existir establecimientos fuera de las cárceles. En el caso del Ecuador es típico que en los establecimientos penitenciarios solo se imparten cursos de carpintería y no de otros oficios por los que se podrían interesar los reclusos.

En el caso del procedimiento abreviado algunos de los objetivos fueron descongestionar la población de personas sin sentencia, acelerar el procedimiento de juzgamiento penal, evitar la prescripción de los delitos y procurar un margen de eficiencia frente a la represión del delito.

Pero estos objetivos no se han logrado plenamente, primero porque ha convertido a los fiscales en detentadores de la justicia, pues en última instancia imponen su voluntad sobre reos que carecen de poder político, económico o social para defenderse adecuadamente. Lo que al fiscal le importa es acelerar el procedimiento para liberarse del caso que tiene en sus manos porque no sólo le interesa la represión en sí del delito sino su propio prestigio personal.

El desarrollo del derecho penal en el Ecuador no sólo ha dependido de proyectos de desarrollo internacional sino también de iniciativas internas como consecuencia de la presión ejercida por los organismos judiciales o los profesionales del derecho. En este sentido han cumplido un rol importante los tratados o textos de los profesores universitarios en los cuales sustentan los cambios o reformas que deben llevarse a cabo. De esta manera ha evolucionado el derecho penal, como han evolucionado otros aspectos del derecho que garantizan la coexistencia social.

Es también importante tener en cuenta los roles que cumplen las partes procesales, a partir de la premisa de que no se trata de una relación entre sujetos libres, pues de hecho el reo está sometido a la voluntad del fiscal y del juez dentro del procedimiento abreviado; en primer término el fiscal ocupa un lugar preeminente dentro del proceso, porque de él depende no sólo que el procedimiento abreviado se lo adopte para el juzgamiento del reo, sino la pena que se le impone y la indemnización a que esté obligado para reparar materialmente el daño causado a la víctima. En esta relación por consiguiente, el procesado ocupa una posición subordinada a la voluntad del Fiscal, una situación que se agrava en la medida en que este no cuente con una defensa apropiada

que le aconseje el mejor camino a seguir; hay que tener en cuenta, como ya hemos manifestado que la subordinación del procesado se halla en relación directa con su situación económica, política o social, como es visible en el caso que citado en el capítulo siguiente de María Sol Larrea, que a pesar de la gravedad de los delitos que se les imputaron, recibieron penas relativamente benignas.

La aplicación práctica del procedimiento abreviado depende no sólo de la voluntad del Fiscal o del Juez, sino también del procesado, que tras una evaluación de la pena y de la indemnización que le corresponde pagar a la víctima, está en su derecho de aceptar o no esta clase de juzgamiento y en último término de eludirlo a la espera de la prescripción de la pena, como también lo hemos consignado en otro de los casos relatados en el mismo capítulo.

A la relación entre el procesado y los operadores de justicia, no son y no pueden ser ajenos los principios de una política penal más humanizada que contempla el Código Orgánico Integral Penal. En primer lugar el principio de duda a favor del reo, que implica que el juzgador debe tener la certeza absoluta que la persona procesada es autor del delito y que en caso de duda debe dictar sentencia absolutoria o una pena atenuada, aunque hay que tener presente que el reo tiene la posibilidad de recurrir a otras instancias judiciales o de solicitar la revisión de su caso.

El principio de mínima intervención penal que es una garantía que evita que cuestiones civiles, laborales o mercantiles que pueden ser juzgadas por autoridades competentes no tengan carácter penal, busca reducir la intervención de la justicia penal en estas cuestiones y promueve el juzgamiento de los conflictos por otros mecanismos que impliquen la privación de la libertad.

El principio de imparcialidad obliga al juzgador a orientarse bajo los preceptos constitucionales e instrumentos de derechos humanos y otros principios que evitan que el sistema penal sea tan represivo con las personas que están siendo procesadas; estos principios deben armonizarse con las normas penales.

Para identificar las prácticas institucionales de una relación de poder Foucault propone que se observe la concepción de la pena y la práctica del rito, de acuerdo con el Art. 51 del Código Orgánico Integral Penal sobre la pena que es la restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles⁹⁷.

⁹⁷ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, Art. 51

REVISAR CONTEXTO	DEFINIR ROLES	PRACTICAS INSTITUCIONALES	
		IDENTIFICAR CONCEPCION DE LA PENA	IDENTIFICAR CEREMONIA O RITO
En América Latina en las décadas de los 80 y 90, el Banco Mundial promovió programas de ajuste estructural, que contenían políticas públicas para impulsar el crecimiento de Estados, sugerían varios cambios, entre ellos el reforzar la seguridad jurídica e institucional con el objetivo de crear nuevos beneficios para la inversión privada	Relación entre sujetos libres.	COIP: Artículo 51.- Pena.- La pena es una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, como consecuencia jurídica de sus acciones u omisiones punibles. Se basa en una disposición legal e impuesta por una sentencia condenatoria ejecutoriada.	COIP: Art. 634.- Clases de procedimientos: 1. Procedimiento abreviado 2. Procedimiento directo 3. Procedimiento expedito 4. Procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.
	Elementos		
En el derecho americano el denominado plea bargaining (procedimiento abreviado) es la institución mediante la cual se resuelve de manera expeditiva la condena más o menos atenuada del reo.	1. Sujeto de la acción: Fiscal 2. Sometido: Procesado - Defensor 3. Posibilidades: Procedimiento Ordinario Procedimiento abreviado 4. Consentimiento o voluntad Tareas obligadas – indemnizar a la víctima.	En el caso del procedimiento abreviado la pena es el 1/3 de la prevista en el tipo penal.	COIP: Art. 637 Reglas para la aplicación del procedimiento abreviado.
	Se promueve la humanización (solo formal) del sistema – primera parte COIP principios: mínima intervención pena, pro reo, etc.	La pena para el Fiscal es una muestra de discrecionalidad que tiene este operador sobre la conducta del procesado y depende de la severidad del funcionario.	Recibida la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, el juzgador consultará de manera obligatoria a la persona procesada su conformidad con el procedimiento y explicará los términos y consecuencias del acuerdo
Discurso: Una justicia incapaz de sancionar a los reos de manera eficaz es un incentivo a la reiteración del delito		En el caso de los jueces mientras el acuerdo de las partes no vaya en contra de las reglas del procedimiento abreviado establecidas en el Art 637 del COIP la audiencia puede celebrarse.	
Las razones que propició el desarrollo de este procedimiento en el Ecuador		Pese a existir disposición constitucional que la prisión preventiva es excepcional se dicta esta medida para asegurar la presencia del acusado al juicio, siendo que el juez tiene en el Art. 522 del Código Orgánico Integral Penal varias medidas para asegurar la participación del procesado a juicio.	En el acuerdo solo participa el Fiscal y el abogado de la defensa, no queda ninguna constancia del acuerdo.
Concentrar los recursos para la persecución de los delitos más graves			
Diversificar la respuesta estatal frente a la criminalidad, viabilizando el arreglo por medios no tradicionales.			
Obtener condenas socialmente óptimas tanto en función de recursos cuanto en el cumplimiento de los fines de la pena, como la retribución y la prevención general			
Disminuir costas del proceso penal.			
Reducir el número de personas que no cuentan con sentencia.			
Fuente: Elaboración propia			
Melvin Javier Paredes, El concepto de arqueología en Foucault, (Instituto de Desarrollo Humanístico, Universidad Politécnica de Nicaragua. América Central, Nicaragua: 2015)			
Anastasio Ovejero Bernal y Juan Pastor Martín, La dialéctica saber/poder en Michel Foucault: Un instrumento de reflexión crítica sobre la Escuela, (Departamento de psicología de la Universidad de Oviedo, Aula abierta No. 77: Madrid, 2001)			
Javier Rujas Martínez, Genealogía y Discurso de Nietzsche a Foucault, (Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid. 2010)			

El procedimiento abreviado está previsto para las infracciones sancionadas con pena máxima privativa de libertad de hasta diez años; la propuesta de aplicación de este procedimiento el Fiscal puede presentarla desde la audiencia de formulación de cargos hasta la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio; es indispensable contar con el consentimiento expreso del procesado; adicionalmente el defensor deberá acreditar que ha asesorado al reo sobre las consecuencias del sometimiento al procedimiento abreviado. Uno de los efectos es la reducción al tercio de la pena establecida en el tipo penal; la multa también se ve reducida. En cuanto a la indemnización se trata de respetar los parámetros establecidos en el Art. 78 de la misma ley sobre la reparación integral, indemnización que no siempre es satisfecha porque en algunos casos solo resulta ser sólo una mera formalidad y las víctimas únicamente se dan por satisfechas a través de la privación de la libertad del autor del delito.

También juega un papel importante la concepción de la pena en el procedimiento abreviado que tienen los operadores de justicia que para algunos resulta la mejor opción, ya que consideran injusto que una persona resulte condenada por tanto tiempo por delitos de bagatela. También hay una especie de alivio procesal ya que la Función Judicial está normalmente congestionada y el parámetro de eficiencia por parte del Consejo de la Judicatura sigue siendo el número de sentencias realizadas

La ceremonia o rito del procedimiento abreviado se encuentra establecida en el Art. 637 del Código Orgánico Integral Penal que señala que una vez recibida la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, el juzgador consultará de manera obligatoria a la persona procesada su conformidad con este procedimiento y le explicará al reo los términos y consecuencias del acuerdo que podrían significarle e inmediatamente el juzgador, en la audiencia dictará su resolución que incluirá la aceptación del acuerdo sobre la calificación del hecho punible, la pena solicitada por el Fiscal y la reparación integral de la víctima.

El tema materia de esta tesis, a pesar del tiempo de vigencia del procedimiento abreviado, está todavía en la fase de investigación y desarrollo, puesto que se trata de una institución implantada por una legislación extranjera, que no ha sido suficientemente analizada por los especialistas.

Incluso se hace necesario que el Código Orgánico Integral Penal, desarrolle más ampliamente la institución, dado respuestas a las dudas o reparos que se le pueden formular en lo que respecta a la protección del reo frente al poder omnipotente del

Fiscal y al rol pasivo del Juez, puesto que actualmente si es verdad que se acelera el juzgamiento de determinados delitos y se descongestiona el trabajo de las unidades penales, queda flotando la duda de si no se sacrifica la justicia al solo cumplimiento de formalidades que el procesado difícilmente puede entender.

No basta que el reo tenga un Defensor, ya sea particular o público, sino que también esta defensa debe tener la suficiente receptividad del juez para que no se violenten los derechos y garantías de quienes son juzgados.

Otra de las materias que debe ser objeto de una regulación más precisa, es la relativa a la reparación integral a que el reo está obligado frente a la víctima, que con el sistema actual no es efectiva, puesto que el reo, internado en la cárcel a cumplir la pena, se haya imposibilitado de efectuar esta parte de la condena, es decir que deberían adoptarse medidas alternativas antes y después de la sentencia, como es la realización de trabajo comunitario o cualquiera otras formas de conscripción social, bajo la vigilancia de las autoridades competentes, lo que implica una reforma estructural del sistema de rehabilitación penal.

Capítulo tres. La práctica del procedimiento abreviado en la ciudad de Quito

3.1 La práctica del procedimiento abreviado en la ciudad de Quito

Con la intención de aproximarnos a ver cómo funciona en realidad el procedimiento abreviado en Quito, se revisan a continuación siete casos. La metodología empleada es la cualitativa porque se contrae a describir una realidad, a interpretarla y ofrece diversidad de características sobre un fenómeno social.

La técnica que principalmente se empleó fue la observación participante, que para José Ignacio Ruiz Olabuénaga “consiste en contemplar sistemática y detenidamente como se desarrolla la vida social, sin manipularla ni modificarla, tal cual ella discurre por sí misma”⁹⁸. Además aporta a la tesis a cumplir uno de sus objetivos que consiste en analizar las implicaciones para la sociedad ecuatoriana de la aplicación del procedimiento abreviado y en particular para los procesados, ya que en comparación con el juicio penal ordinario evidentemente acelera la administración de justicia, aunque puede vulnerar los derechos fundamentales de las personas.

Esta técnica posibilita obtener información sobre cómo discurre la vida sin que necesariamente los sujetos involucrados deban informar y permitiendo incluir las vivencias de quien investiga. A partir de ello se pueden descubrir los engranajes ocultos que mueven la legislación penal y especialmente la discriminación de que son víctimas las personas de los estratos sociales populares; pone de manifiesto que, por muchas que sean las precauciones que se adopten para contrarrestar este discrimen, de una u otra manera los procesados que gozan de cierta posición económica comparativamente salen beneficiados por la ley penal, porque aunque las penas sean similares están en mejores condiciones de soportarlas.

Otra de las ventajas de esta técnica es que orienta a una mejor clasificación de los casos en función de su complejidad, de su gravedad, de las consecuencias que se

⁹⁸ José Ignacio Ruiz Olabuénaga , *Teoría y práctica de la investigación cualitativa* (Bilbao: Editorial Universidad de Deusto, 2012), 75

derivan de las sanciones que se imponen a los procesados e incluso de su eventual rehabilitación, porque al comparar los casos desde la vivencia y no solo desde el expediente frío, se pueden notar con mayor detalle las consecuencias del cambio de reglas y sus efectos en el procedimiento penal.

También se hizo uso de la técnica documental para reconstruir los hechos a partir de la revisión de los expedientes de los casos escogidos, y cuando ello no fue posible se hizo uso de notas de prensa en las que se presentaban hechos notorios de la realidad nacional. Además, el caso “Cuarenta meses por un celular” se escogió porque los hechos eran bastante similares al caso “El típico robo de un celular termina en una condena desproporcionada”, lo que permitiría contrastar si lo observado era algo recurrente o aislado y se entrevistó a la persona que fungió como actuario en aquel caso en la Secretaría de la Corte Provincial de Pichincha, sobre los hechos e impresiones del mismo. En la tabla a continuación se presenta la relación de técnicas de recopilación de la información usadas en cada caso seleccionado:

Tabla 1	
Casos y técnicas usadas	
Caso	Técnicas
3.2.- Un incendio por una cicatriz	Observación participante
3.3.- Las desventuras de una mula del narcotráfico	Observación participante
3.4.- Cuarenta meses por un celular (expediente y entrevista)	Documental – expediente Entrevista (no estructurada)
3.5.- Insólita sentencia de nueve años, cuatro meses por la sustracción frustrada de una chompa	Observación participante
3.6 El típico robo de un celular termina en una condena desproporcionada	Observación participante
3.7 Fiscal hace gala de su poder	Observación participante
3.8 El tráfico de influencias, delito típico de los poderosos	Prensa – hechos notorios
Elaboración propia	

También en este apartado se tratará de realizar la aplicación del método de Foucault, con los casos que van a ser relatados en este capítulo, prescindiré de insistir en el desarrollo del contexto del esquema gráfico de la arqueología y genealogía del procedimiento abreviado, porque ya fue analizado suficientemente, además de que los mismos criterios son aplicables a todos los casos expuestos en este capítulo, en el procedimiento abreviado los roles de las partes están claramente definidos.

El primer caso descrito al que se identifica como “Un incendio por una cicatriz” permite constatar que la versión del procedimiento abreviado en el actual Código es más dura e inexorable que la existente en el anterior: mientras en este último había la posibilidad que de que el caso fuera resuelto por un Tribunal, y que la sentencia variara en relación con la existencia de las pruebas que pudiera aportar el procesado o el Fiscal, en el actualmente vigente el procedimiento es rígido porque siempre desemboca en una sentencia condenatoria ya preestablecida, con independencia de las pruebas que se aporten, porque en último término depende de la voluntad del procesado de declararse culpable y aceptar la sanción consiguiente; pero llama la atención el caso porque siendo tan evidente la inexistencia de la prueba, la Corte Provincial prefiere darle la razón al Fiscal porque es la solución más fácil, además porque se prefiere la supremacía de la norma. También hay que resaltar que la procesada recurre en último término a darse la fuga porque prefiere permanecer en la clandestinidad que pasar encerrada en la cárcel. Así, mientras que con la primera norma hubiera podido seguir desarrollando normalmente sus actividades, aunque con cierta incertidumbre, con la segunda queda totalmente inhabilitada.

En el segundo caso: “las desventuras de una mula del narcotráfico”, es evidente la relación de poder, porque la Fiscalía prevalece sobre la defensa, actúa prejuiciadamente contra una modalidad delincencial que es el narcotráfico, no hace la diferencia entre un intermediario (mula), el exportador y el comercializador, condena al más débil en esta cadena; además este caso revela cómo la norma que regula el tiempo de condena puede tener diversas interpretaciones y que todavía siguen existiendo sentencias sobre hechos similares pero con sanciones diferentes, afectando el principio de igualdad y de proporcionalidad.

Fiscalía propone la apelación bajo el fundamento de que no obtuvo la pena que supuestamente había negociado con la defensa y que el Juez de primera instancia impuso una pena distinta a la que aquella había solicitado, obviando la potestad que

tiene el juzgador de imponer una pena menor a la sugerida por el Fiscal. Asimismo, la Corte Provincial hizo caso omiso del contexto en el que se celebra este tipo de *negociaciones* en el cual los procesados no tienen otra alternativa más que aceptar la propuesta de Fiscalía, porque de no hacerlo le esperan al procesado de cinco a siete años de privación de libertad, y muestra la coerción a la que es sometida la defensa.

El tercer caso denominado “Cuarenta meses por un celular” demuestra que cuando la defensa apela al superior con el argumento de que la Fiscalía no cumplió con el acuerdo realizado en la supuesta negociación, no es escuchada e incluso es acusada de faltar al principio de buena fe y lealtad procesal; es indudable el secretismo de este tipo de negociación, cuyo contenido no está regulado, así como las presiones que realiza Fiscalía para cumplir sus objetivos; esto pone en evidencia el funcionamiento del sistema y cómo se aplica fríamente la norma sin reflexión de sus consecuencias.

El cuarto caso llamado “Insólita sentencia de nueve años, cuatro meses por la sustracción frustrada de una chompa” narra cómo un mismo hecho puede tener diferentes resultados, ya que dos de los procesados eligieron el procedimiento abreviado, mientras que uno de ellos eligió el procedimiento ordinario; hay que destacar que dos de ellos tenían prisión preventiva y el otro tenía una medida distinta.

El quinto caso designado como “el típico robo de un celular termina en una condena desproporcionada”; se nota cómo la Fiscalía no tiene que hacer mayor esfuerzo para condenar a una persona y la falta de proporcionalidad de las penas.

El sexto caso titulado “Fiscal hace gala de su poder” se contrapone al caso séptimo llamado “El tráfico de influencias, delitos típicos de los poderosos”. Se puede constatar lo que dice Foucault, que en el derecho penal el poder se muestra sin enmascaramientos y es más evidente en este tipo de relaciones; que pese a existir las mismas reglas, son tan evidentes las diferencias del sistema en el momento de juzgar; estas disparidades, transcurren de forma imperceptible y son aceptadas por los ciudadanos, incluso por los operadores de justicia, ya que no son capaces de contradecir al sistema por el miedo que tienen a los sumarios administrativos. Llegando a la misma conclusión del autor mencionado, el sistema ha logrado normalizar a los operadores de justicia y lo hace para normalizar a los delincuentes.

Seguidamente relato los casos mencionados.

3.2.- Un incendio por una cicatriz⁹⁹

El caso que a continuación se narra pone de manifiesto la incapacidad de los órganos de justicia para interpretar correctamente las normas penales relativas al procedimiento abreviado, en perjuicio del reo.

MASM¹⁰⁰ dueño de la casa, percibió que se estaba incendiando y al salir en busca de auxilio se percató que su arrendataria MCCN salía precipitadamente con su hija menor en los brazos, por lo que presumiendo que esta tenía responsabilidad en el flagelo decidió detenerla, pues por la mañana había sido testigo de la pelea que esta había tenido con otra de sus inquilinas, la señora JMQV quien le causó una herida en la cara a MCCN que fue difícil de suturar, de acuerdo con el dictamen médico; el propietario del inmueble en mención llamó rápidamente a la policía para que se haga cargo de la detenida.

En razón de estos hechos se dictó orden de aprehensión en contra de MCCN en la Unidad de Flagrancia, pero su abogado obtuvo días más tarde otra medida distinta que consistía en que debía presentarse periódicamente. En la audiencia preparatoria el Juez respectivo decidió llamarla a juicio y dispuso para el caso al Tribunal Penal competente.

MCCN se asustó y decidió fugarse, y después de siete años de estar prófuga fue apresada y llevada a juicio. Ya reclusa en el Centro de Rehabilitación Social Regional Norte de Cotopaxi, la Defensoría Pública la visitó para conocer si tenía necesidad de un abogado defensor dijo:

“... Me cogieron los policías, estaban pidiendo papeles, yo no sabía por dónde huir, el abogado me dijo que tenía que esperar la prescripción, pero no puedo estar escondida todo el tiempo, necesito trabajar, ya perdí a mi hija porque tuve que entregársela al papá porque no pude cuidarla, y eso me duele en el alma. Ese día del incendio yo no pensé bien las cosas, mis vecinas me hicieron daño, ellas me dañaron la cara con un clavo, y al otro día yo tenía que presentarme a trabajar y cómo voy a ir así con la cara dañada...”¹⁰¹ (MCCN)

“... Yo no confío en la Defensoría Pública porque la abogada de ahí me dijo que yo soy una loca que no debí hacer eso, que puedo ir doce años presa, sin

⁹⁹ 17246-2010- 00165

¹⁰⁰ Se hace uso de las siglas de los nombres y apellidos para proteger la identidad de las personas involucradas.

¹⁰¹ MCCN

derecho a nada, yo quiero verla a ella en mi situación con la cara lacrada, por eso no quiero nada con la Defensoría, mi marido dijo que ya me va a pagar un abogado... ” (MCCN)

Ante el rechazo de MCCN, la Defensoría dejó constancia en el sistema que la usuaria no necesitaba la asistencia pública. Días después llegó la convocatoria a Audiencia de Procedimiento Abreviado.

En esta audiencia el juez ponente advirtió a la acusada de las consecuencias legales que afrontaba la acusada al someterse al procedimiento abreviado; al admitir su culpa MCCN lo aceptó de viva voz:

“... El abogado dice que no hay de otra, que tengo que hacer el abreviado si no me quedo más tiempo, que la Fiscal es muy jodida, que me está dando lo mínimo; el día que me dijo eso yo solo quería morirme, hasta traté de cortarme las venas, pero me llevaron al médico, y ahora estoy viva, de aquí me agarro de las manos de Dios, el verá por mí...” (MCCN)

De cierta manera, sin embargo la procesada tuvo suerte, porque el Tribunal Penal la absolvió y dispuso su inmediata libertad, en razón de que no había elementos suficientes para condenarla, ya que en el informe del cuerpo de bomberos de Quito se indicaba que no contaba con el personal técnico necesario para la realización de la experticia correspondiente, es decir que era imposible determinar si el incendio era accidental o provocado, por lo que la procesada debía recuperar su libertad.

La Fiscalía decidió apelar de esta resolución ante la Corte Provincial de Pichincha, amparada en el Art. 637¹⁰² del Código Orgánico Integral Penal, que textualmente dice:

“... Recibida la solicitud el juzgador convocará a los sujetos procesales, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a audiencia oral y pública en la que se definirá si se acepta o rechaza el procedimiento abreviado. Si es aceptado, se instalará la audiencia inmediatamente y dictará la sentencia condenatoria”¹⁰³, la acusada comentó:

“... El día que me enteré de la apelación de la Fiscal yo fui a buscar un abogado en Defensoría Pública, no entiendo nada de lo que está pasando, por qué no me dejan en paz, por qué esa Fiscal me jode tanto, ni me conoce,

¹⁰² Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 637.

¹⁰³ *Ibíd.*

acaso que ha sido la casa de ella, de lo que me he enterado mis vecinas ya ni viven en Quito, el dueño de casa hasta tiene más casas...” (MCCN)

“ Yo no quiero ir a la audiencia porque vayan a cogerme presa, eso sí, nunca más quiero regresar a Latacunga, el mes y medio que estuve ahí me pegaban a cada rato” (las peleas entre reclusas son diarias, el encierro vuelve intolerante a la gente) (MCCN)

La Corte Provincial declaró la nulidad de la sentencia absolutoria del Tribunal porque a su criterio no se podía aplicar los dos códigos simultáneamente, sino sólo uno de ellos desde el primer momento, es decir el COIP vigente en el cual el procedimiento abreviado determina que el Juez no puede absolver al procesado, puesto que debe concluir necesariamente en sentencia condenatoria, que refleje el acuerdo de las partes y dispuso que hasta que se señale audiencia de juicio nuevamente la procesada estaría sujeta a la medida cautelar de presentarse semanalmente ante el Tribunal competente.

“... Otra vez tengo que presentarme, usted no pudo defenderme, mi mala suerte es que no tengo dinero, por eso tengo que acudir a la Defensoría Pública, porque el abogado pagado ya me hubiera sacado libre, yo a usted no le importo, yo no puedo estar saliendo todas las semanas de mi trabajo, me van a botar ...” (MCCN)

“... Deme una recomendación, el tipo con el que yo vivo rompió un televisor que recién saqué del almacén y ya me están llamando por la deuda y yo sin trabajo; esté quiere llevarse mis cosas y me amenaza con denunciarme por el problema que tengo, dice que va a ir a Fiscalía, qué me puede pasar, maldita la Fiscal, ella me odia, si no ya no estuviese en estas...” (MCCN)

MCCN se encuentra actualmente atravesando una situación de incertidumbre y ansiedad a la espera de que el Juez de lo penal competente la llame de nuevo a juicio para que se la juzgue definitivamente.

“... Estoy embarazada, ya me asesoré y los derechos humanos me protegen, a mí y a mi hija, si me declaran culpable el abogado pagado me dijo que me van a dar arresto domiciliario o que me pueden dar el dispositivo, ya quiero que sea la audiencia para que termine esta pesadilla, solo quiero ver a mi hija crecer, estar con ella, no quiero que me pase lo que pasó con la Camila, tengo fe de que mi marido consiga trabajo para pagarle al abogado, porque esos de la defensoría no me dicen nada de lo que me dice el otro doctor ...” (MCCN)

Este caso demuestra fehacientemente el viacrucis al que está sometida una persona que está acusada de una infracción penal, que en principio puede ser juzgada mediante el procedimiento abreviado, pero que en realidad está sujeta a la legislación penal anterior que contemplaba otro procedimiento.

Le faltó a la señora MCCN el asesoramiento oportuno no sólo para no fugarse y confiar en la prescripción de la pena, que le permitía mientras tanto estar en libertad, sino para decidirse por el procedimiento abreviado que, eventualmente no le hubiera exonerado a una condena a cárcel y multa que le hubiera permitido reincorporarse a su actividad laboral y atender el cuidado y educación de su hija.

En el caso denominado **un incendio por una cicatriz**, Defensoría Pública no ha participado en la negociación del procedimiento abreviado, en razón de que lo realizó un abogado particular; sin embargo al conversar con la Fiscal justificó por qué apeló la decisión del Tribunal.

“La señora MCCN con el abreviado está siendo beneficiada por el principio de favorabilidad porque el delito que ella cometió tenía mayor pena en el código anterior y el COIP tiene menos pena, y yo reconocí esa ayuda que le da la ley; qué más quiere, además es una delincuente, con la acción que hizo podía provocar una desgracia mayor, podía morir gente, no entiendo a los jueces por qué le dieron la libertad a esta señora, si escucharon a viva voz que ella fue la que incendió la casa del señor MASM, quien es de la tercera edad y de escasos recursos, dejan a una delincuente libre con el peligro de que vaya a incendiar el domicilio de otra persona con el pretexto de que le cae mal; estoy segura que ganaré la apelación, porque los de la Corte si saben aplicar el derecho, porque los del Tribunal con tal de deshacerse de las causas mandan no más libres...”

La Fiscal tiene una intervención perjudicial al reo porque a pesar de que no existe prueba concluyente de la infracción, se empeña en que la imputada sea condenada; en consecuencia la Fiscal ha hecho caso omiso de aplicar en favor del procesado el principio de objetividad. Por estos incidentes, un caso relativamente sencillo después de ocho años sigue pendiente, lo cual constituye una aberración jurídica ya que debió aplicarse el principio de oportunidad y archivarse la causa.

Tratándose de un procedimiento abreviado con el código anterior la imputada se enfrentó a un tribunal que actuó con imparcialidad y objetividad al declarar la inocencia de la procesada, no obstante lo cual el Fiscal hizo caso omiso de esta resolución.

Para la imputada la prolongación de esta situación le ha significado estar en una situación de virtual incapacidad civil para desenvolverse en la vida diaria, además de mantenerse en un estado de sicosis, agravado por la presión que sobre ella ejerce su conviviente, pues si no lo complace en sus caprichos domésticos es amenazada con denunciarla a la justicia. Finalmente debo consignar que después de este viacrucis, se ha producido un hecho involuntario que la favorece, que es la pérdida del expediente judicial respectivo sin el cual no se la puede juzgar, hasta que hagan una reposición; mientras tanto transcurre el tiempo de la prescripción. En cuanto a la víctima, el transcurso del tiempo para el juzgamiento también le ha perjudicado porque no se ha hecho efectiva la indemnización a que tendría derecho.

3.3.- Las desventuras de una mula del narcotráfico¹⁰⁴

Como se ha hecho frecuente en nuestro país, convertido en corredor del tráfico ilícito de drogas proveniente de los países vecinos, la policía apresó en el barrio Quitumbe de la capital a DDGC, ciudadano de nacionalidad colombiana, porque se encontraba en posesión de 3.374 gramos de marihuana. La Fiscalía acusó al aprehendido por el delito tipificado en el artículo 220 del Código Orgánico Integral Penal, que se aplica en general para los narcotraficantes y no hace excepción, como en este caso, de los que son considerados como *mulas* (es decir como transportadores de droga ajena para ser entregados a otro destinatario). La pena contemplada genéricamente para esta infracción es de cinco a siete años de privación de libertad. Este ciudadano recurrió a la Defensoría Pública para que ejercitara su defensa.

“... Ay reina, yo estoy aquí porque tengo una deuda en mi pueblo con el propio (jefe), usted sabe que a esos manes no se les puede decir que no, ellos me dijeron que tenía que pagarles con cárcel mi deuda porque tenía que pasar otra mercancía del patrón, y ya pues si resultaba la encomienda tenía que dejarla en una casa por Solanda; salí de mi Jamundí con la bendición de mi abuela, al menos dejé haciéndole mercado...” (DDGC)

Generalmente donde se registra mayor aplicación del procedimiento abreviado, es en los casos de tenencia ilícita de estupefacientes y el caso aquí presentado no era la excepción.

¹⁰⁴ 17282 – 2016 - 05774

“... Reina todos aquí (CDP) me dicen que haga el abreviado porque si no me dan más tiempo, que hay de cierto, vaya y dígame al cucho del Fiscal que yo si quiero el abreviado pero que me dé lo mínimo, yo tengo que ir a ver a mi viejita, las vecinas no le han de tener la paciencia que yo le tengo, sáqueme de aquí antes de que (abuela) se me vaya al cielito...”

El Fiscal aceptó la propuesta realizada por la Defensa, en relación al abreviado, pero le indicó a la defensora que la pena no podía ser menor a cuarenta meses, a pesar de los ruegos de ésta, pese a que se le indicó que la acción de su defendido era producto de la intimidación que sufrió en Colombia, que su pobreza le había traído al Ecuador.

“ ...Yo delatar al propio ... no, qué quiere doctorita que maten a mi abuelita, prefiero quedarme aquí, es como que me dijera que le mate con mis manos a mi cuchita, yo tengo fe en mi Dios y en usted le va ablandar el corazón a ese Fiscal, vaya y dígame que yo soy el último de la cadena alimenticia, que vengo de un hogar muy humilde, que me ayude que acá no tengo familia, que no he podido ni bañarme porque no tengo que plata para pagar el uso del baño...” (DDGC)

El Fiscal le manifestó que si no estaba de acuerdo tenía también la opción de someterse a juicio ordinario, aunque en este caso la pena sería más alta, es decir de hasta siete años de prisión.

“... Ir a Tribunales Reina, después de lo que me dicen no quiero, que más va a tocar que hacer lo que dice ese cucho, pero yo no entiendo porque me da los cuarenta meses si yo tengo compañeros en mi celda con más droga, y les dan menos pena, no será que usted no está yendo y me está engañando...” (DDGC)

“... Porque no me dan lo mismo que a los demás, será tanta mi mala suerte de caer con ese Fiscal tan estricto, no es mentira Reina, si en la celda de a lado está otro paisano mío y le dieron veinte meses, vaya hablar de nuevo con el cucho y pídale de nuevo porque ya no aguanto el encierro, pero si ya no puede qué más va a tocar decirle que sí...” (DDGC)

Finalmente, la defensa se allanó al procedimiento abreviado porque contemplaba una condena inferior; durante la audiencia la Fiscalía puso en conocimiento del juzgador este acuerdo, pero él resolvió imponer al reo una pena diferente de la propuesta, en razón de que en la audiencia anterior sobre otro caso por hechos similares e igual calificación jurídica, otro Fiscal actuante había solicitado la pena de veinte meses, con

el procedimiento abreviado. El juzgador indicó que fundaba su negativa en el último numeral del Art. 635 del código citado.

Admitió, sin embargo que se han dado diferentes aplicaciones de esta norma y que por ello se han hecho las consultas pertinentes a la Corte Nacional de Justicia, sin que este organismo haya emitido todavía una resolución con fuerza de ley.

Por otra parte, conforme al numeral 6 del Art. 635 del COIP, el juzgador no puede imponer una pena más grave que la sugerida por el Fiscal en esta clase de procedimiento, y por consiguiente, le condenó al imputado a veinte meses de prisión.

“... Vio Reina, mi Diosito me escuchó; bien me decía mi viejita que ningún hijo de Dios muere boca abajo; si le vio al cucho del Fiscal tenía cara de ardido cuando me cambió la pena; será que puedo hablar con la señorita Jueza, pídale dos minutos, yo no me demoro en agradecerle, bien me decía en la celda que tenía que darme los veinte meses y no los cuarenta...”(DDGC)

Paradójicamente la Fiscalía apeló esta resolución, en razón de que el reo, a través de la Defensoría Pública había acordado una pena de cuarenta meses de privación de libertad, es decir agravando la situación de DDGC.

En la audiencia respectiva, un miembro del tribunal de la Corte Provincial interrogó al procesado sobre si era verdadera esta afirmación, pero este indicó que la pena sugerida por el Fiscal de cuarenta meses de privación de libertad no fue aceptada por el Juez al momento de resolver.

El argumento de la Jueza de primera instancia fue que en varios pronunciamientos había considerado que el Art. 636 es claro al establecer que la pena acordada por la Defensa y la Fiscalía no podrá ser inferior a un tercio de la pena mínima, es decir veinte meses y que por esta razón, en varios casos similares se atuvo a este criterio; que en consecuencia el tercio de la pena en este caso es un tercio de los cinco años establecidos por el Código. La Corte Provincial sostuvo que no es aceptable el criterio de la Jueza que pretende para guardar coherencia en sus fallos aplicar en todos los casos de procedimiento abreviado un tercio de la pena mínima.

Es indudable que la Corte Provincial se equivocó porque desconoció el principio de igualdad que pretendía aplicar el Juez a quo en virtud de la horizontalidad de sus

precedentes, sobre todo en el delito establecido en el Art. 220¹⁰⁵ del COIP, ya que su sanción está determinada en razón de la cantidad de droga transportada.

Sin embargo, la Corte Provincial manifestó que la Corte Constitucional se ha pronunciado al respecto, en el sentido de que en esta materia el principio de legalidad es una manifestación de la seguridad jurídica, en contra de la interpretación extensiva de la ley penal.

Al observar el expediente se ve que no hay una indicación precisa de la sentencia aludida de la Corte Constitucional, por lo que es posible concluir que la motivación es insuficiente.

La Corte Provincial también rechazó que el juzgador pretenda inobservar el acuerdo de la Fiscalía y el procesado porque comporta la violación del principio a la seguridad jurídica, en el que los contendientes en un litigio se ubican.

Además, menciona los considerandos de la Resolución No. 02-2016¹⁰⁶, sobre procedimiento abreviado del Pleno de la Corte Nacional que expresa que este tiene como característica principal:

... que surge a raíz de una negociación o un acuerdo al que llega la Fiscalía con la defensa del procesado, en cuanto a la admisión del hecho punible que se le atribuye al presunto autor y la pena a serle impuesta; posteriormente este consenso será expuesto ante el Juez el que contendrá los hechos, la calificación jurídica y la pena sugerida; quien resolverá aceptándolo o negándolo; de ser aceptado emitirá sentencia de culpabilidad junto con la pena impuesta, que no podrá ser superior a la sugerida por el fiscal; la que deberá, además, cumplir ciertos parámetros expresamente determinados en la ley...

Es decir, que es el propio procesado quien puede dar fe de lo acordado con la fiscalía legítimamente. En este caso esta relación ha sido alterada por la jueza con el razonamiento de que se aparta de lo expresamente previsto en el procedimiento abreviado, y en consecuencia decide aceptar el recurso de apelación propuesto por Fiscalía, y mantiene la pena de cuarenta meses de privación de libertad.

“ ... Qué podía decir cuando el Juez me preguntó, yo pensé que me iba a tocar un alma piadosa como me tocó en la otra audiencia que hicimos, ese Fiscal busca joderme como si encerrándome a mí va a terminar con la droga...” (DDGC)

¹⁰⁵ Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Registro Oficial Suplemento No. 180 de 10 de febrero de 2014, art. 220.

¹⁰⁶ Criterios sobre inteligencia y la aplicación de la Ley – Materia Penal, Corte Nacional de Justicia de Ecuador, 15 de enero de 2018,

http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones_cnj/Criterios%20Materias%20Penales.pdf

En el presente caso vemos que se opera una flagrante contradicción entre la Fiscalía y el procesado sobre la pena acordada, que resulta perjudicial para el derecho de este y pone en tela de juicio la credibilidad del procedimiento abreviado, de donde se infiere que la relación de poder que se establece entre las partes se inclina injustificadamente en favor de la Fiscalía con la anuencia de la Corte Provincial.

DDGC continúa recluido en la cárcel de Latacunga a la espera de cumplir el 60% de la pena impuesta que serían veinte y cuatro meses para salir en libertad condicional, pero como se trata de un extranjero acusado de tráfico de drogas las autoridades son reacias a reconocerle este derecho a pretexto de que puede reincidir, porque no cuenta con los requisitos para obtener el beneficio penitenciario, no tiene familia ni domicilio establecido en el país.

Aquí cabe recalcar que la Corte Provincial pasa por alto la premisa de que la Fiscalía y el procesado no son partes iguales, que la primera litiga con la ventaja del poder que tiene y que el segundo litiga agobiado por el peso de la infracción cometida y si no acepta se agrava su situación porque el Tribunal Penal actúa por regla general sin contemplaciones de la situación familiar y económica de cada persona.

En el caso, los roles se encuentran definidos. El Fiscal aplica la norma penal con rigor desmedido sin tener en cuenta que, por regla general, una *mula* del narcotráfico es obligada a delinquir por los dueños de la mercancía. Como sucedió en el caso anterior el Fiscal, en el afán de imponer su voluntad, logró que se revocara la decisión del juez en virtud de la cual se le rebajó la pena de cuarenta meses y se le impuso en su lugar la de veinte meses, sin embargo esta sentencia fue apelada y el Fiscal a larga se impuso; entre los argumentos que tenía eran:

“ ... Hay que ser drásticos con esta gente, usted no se da cuenta el daño social que causan, la dependencia que genera la droga en los adolescentes, cómo les arranca la vida con tan pocos gramos, y ésta es la excusa de que no encuentran trabajo se dedican a estos trabajitos...”

“... No se les puede dar veinte meses a estos delincuentes, se debe crear un precedente si no van a seguir en lo mismo, no se les puede tener consideración, mucho menos pena ... como ya le dije sí a su cliente le parece mucho los cuarenta meses vamos a Tribunales, ahí le van a dar la pena que el legislador impuso para su conducta; además no se preocupe tanto, cumple el 60% y se van ... ”

La Jueza de primera instancia en este caso tuvo una participación equitativa al proteger los derechos del procesado; pero este no mejoró su situación en vista que el Fiscal obtuvo de la Corte Provincial la pena que había establecido.

En cuanto a la víctima, hay que tener en cuenta que el bien jurídico protegido es la salud pública, de donde se infiere que el procesado resulta ser perjudicado porque tiene que purgar una pena que no surte un efecto social concreto.

3.4 Cuarenta meses por un celular¹⁰⁷

EAAB, quiteño, de veinte y dos años de edad aproximadamente, arranchó en la calle un teléfono celular a otro joven, valorado en USD \$ 100 (cien dólares de los Estados Unidos de América) y para contrarrestar su resistencia le causó lesiones con un ladrillo y le produjo una incapacidad de ocho días para el trabajo. La Fiscalía lo acusó del delito de robo tipificado en el Art. 189 del Código Orgánico Integral Penal.

El procesado solicitó la aplicación del procedimiento abreviado que le fue concedido y en la negociación se acordó entre las partes la imposición de una pena de veinte y dos meses de privación de libertad. Sin embargo, inexplicablemente, durante la audiencia respectiva la Fiscal varió de criterio indicando que la pena acordada fue de cuarenta meses.

“... Estuve en una audiencia donde el abogado dijo que la Fiscal lo había engañado, que él había negociado un abreviado de veinte y dos meses y en la audiencia la Fiscal le había cambiado la pena, eso es lo típico, en nuestro medio quiera o no el abogado defensor y el procesado son vulnerables ante el Fiscal y su interpretación porque pese a que negociaron la pena, el Fiscal una vez en la audiencia ante el juzgador solicita una pena superior a la acordada; (los fiscales) hacen esto porque les beneficia, su ganancia es en el ámbito administrativo, ellos están sujetos a evaluaciones, si acuerdan penas bajas son observados por el ente administrativo, es una lástima por el procesado, si el abogado se pone a discutir con el Fiscal, le van aumentar la pena a su defendido, él va a sufrir las consecuencias de esa mala decisión.

“... En el juicio ordinario existe la posibilidad de que la conducta sea más rigurosamente castigada; por eso los defensores públicos llevan a cabo mejor la negociación porque como litigan con casi todos los fiscales, ya les conocen; ellos se aseguran con el fiscal, ya saben quiénes son los que dan

¹⁰⁷ 17282- 2017-00162

más tiempo y con quien si no hay negociación y con quien no, en cambio a los abogados particulares los cogen como nuevos, algunos fiscales son tan arbitrarios que en la audiencia dicen la pena, yo no sé si hacen esto por falta de conocimiento porque el Art. 635 es claro; ahí dice que el procedimiento abreviado es el acuerdo entre las partes del hecho fáctico y de la pena; en definitiva los Fiscales hacen lo que se les da la gana.

“... Lo único que dicen los jueces es si el abogado defensor y el procesado no están de acuerdo con la negociación, también está la posibilidad de abstenerse y continuar con el juicio, pero ellos no se ponen en la rol de la defensa, no les importa; no se supone que deben ponderar todo y este todo porque no involucra el contexto de la negociación, ellos solo ven lo que consta en el proceso, ese es su universo... pero bueno cuando estén en el libre ejercicio ahí les van hacer lo mismo ...”

La defensa de EAAB planteó recurso de apelación ante la Corte Provincial, argumentando que la Fiscalía no había actuado con lealtad procesal ni había analizado en legal y debida forma el monto del objeto sustraído, sobre todo sin tomar en cuenta las razones por las que su defendido había cometido esta infracción, que era porque mantiene un hijo y carecía de recursos económicos.

La Fiscalía mencionó que existía falta de lealtad procesal por parte de la defensa, que el procedimiento abreviado es un acto voluntario en el que se acuerda no solo la multa sino también la pena; que el alegato presentado por la defensa no tiene relación con lo dispuesto en el Art. 189.1 del COIP que sanciona el delito de robo con una pena de cinco a siete años; que esta pena se transforma en sesenta meses y de aquí se toma en cuenta la tercera parte; que la Fiscalía y la Defensa se pusieron de acuerdo para que fueran los cuarenta meses la pena impuesta por las lesiones que sufrió la víctima y que, por último la Fiscalía ha sido demasiado benevolente, pues en su lugar debió oponerse a la aplicación del procedimiento abreviado y que fuera el respectivo Tribunal el que juzgara al procesado.

Al fallar, la Corte Provincial indicó que revisado todo lo actuado, considera que el recurso de apelación tiene una inadecuada fundamentación al pretender poner en análisis los elementos de convicción de cómo ocurrieron los hechos, que al haberse sometido a un procedimiento abreviado fueron aceptados voluntariamente por la persona procesada. Convino que los elementos que recabó el Fiscal se convirtieran en pruebas en el momento de aceptar el procedimiento abreviado de forma certera y que, en consecuencia, la pena impuesta es la adecuada y se ha realizado en forma legal y proporcional al no haberse verificado ningún tipo de atenuante previsto en el Art. 45 del

COIP. Por tanto, la Corte consideró que la acción de la defensa técnica del recurrente constituye una vulneración de los principios de buena fe y lealtad procesal previsto en el Art. 26 del COFJ y dispuso se oficie al Consejo de la Judicatura para los fines legales pertinentes.

“... La fiscal se fue como si nada y ahora el sumario para ese pobre abogado, por eso le digo que quien hace mejor los abreviados son los defensores públicos, cree que ellos van a apelar, ellos si saben las consecuencias y se cuidan ...”

Este caso lleva a la conclusión de que hay operadores de justicia que adoptan una actitud implacable contra los reos que comenten infracciones de menor cuantía, a los que se sanciona con un rigor que no se aplica a los de cuello blanco que se apropian de los bienes, recursos o dineros del erario, que muchas veces incluso son exonerados de toda responsabilidad.

Se pone de manifiesto, una vez más que la relación de poder gravita más sobre los infractores considerados popularmente como los de poncho, ya sea porque no tienen como recurrir a todas las instancias judiciales en su defensa, o porque no pueden denunciar atropellos de esta clase ante la opinión pública, simplemente porque carecen de poder económico o de influencia en su medio social.

A los delincuentes de baja ralea la sociedad los rechaza, como prototipos de mal ejemplo para la juventud, sin considerar las circunstancias por las cuales se ven impulsados para el cometimiento del delito de diferentes clases y especialmente contra la propiedad privada.

En la actualidad, EAAB sigue privado de su libertad en el Centro de Detención Provisional del Inca, en Quito y no ha tenido todavía la oportunidad de reinsertarse en la vida social para tratar de lograr una ocupación que le permita tener ingresos propios sin necesidad de recurrir al robo. Se desconoce la suerte que ha seguido su hijo, pero de seguro que le hará falta su padre para poder subsistir en relativas condiciones adecuadas a su edad.

En este caso se desconoce el contenido de la negociación, sin embargo, de la lectura del expediente y de lo manifestado por la defensa, la Fiscal, a pesar de que había acordado con el procesado una pena de veinte y dos meses, en la audiencia de procedimiento abreviado cambió de opinión y le solicitó al Juez una pena de cuarenta meses, lo cual no sólo es antijurídico sino anti ético; el procesado quedó en estado de indefensión ya que no logró comprobar que la pena acordada con el Fiscal era del

mínimo y esto se debe a que no se deja constancia por escrito de las negociaciones, lo que constituye una falla del Código Orgánico Integral Penal que debe ser corregido.

En cuanto a la intervención del Juez la única opción que este tiene es la de interrogar al Fiscal sobre el acuerdo que se ha llevado a cabo y al procesado la única alternativa que le queda es ratificar su aceptación al procedimiento ya que de otra manera tendría que someterse al juzgamiento por parte de un tribunal de impredecible consecuencia. En este caso el imputado tuvo defensa particular y no requirió la asesoría de la Defensoría Pública. La víctima solo recuperó su celular y se dio por satisfecha.

3.5. Insólita sentencia de nueve años, cuatro meses por la sustracción frustrada de una chompa¹⁰⁸

Dos parejas fracasaron en su intento de robar chompas en un almacén de venta de ropa confeccionada, en circunstancias que era atendido por tres vendedores que los supuestos clientes creyeron que podían sorprender.

Una de las parejas logró su objetivo de distraer a las vendedoras y sustrajo dos chompas y rápidamente salió del almacén, entregando la mercadería a un cómplice que estaba a la espera del resultado del robo, pero uno de los dependientes se percató del hecho, logró detener a PCSV y GPMG y recuperar las chompas.

Al llegar la policía los autores del robo fueron cogidos *infraganti* y arrojaron al suelo una chompa y el cuchillo, pero de todas maneras fueron detenidos y conducidos a la Unidad de Flagrancia.

“... Nosotros no teníamos el cuchillo señorita, se ha fijado en el tamaño de ese cuchillo, cómo vamos a entrar con eso al local, si yo tenía un bolso pequeño, nos pusieron los chapas... imagínese lo que me demoraría en sacar ese mastodonte ... haga que me tomen las huellas ... ” (PCSV)

“... Lo golpeé porque no quería soltarme ... nosotros ya estábamos ya fuera del local, pero me alcanzó... nadie nos quiere dar trabajo, yo ya estoy cansado de salir todas las mañanas y no conseguir nada...” (GPMG)

¹⁰⁸ 17282-2016-01222

Ya en la Unidad de Flagrancia una tercera persona es detenida, porque fue identificada por los dependientes del almacén como una de las personas que participó en el robo, en la misma audiencia a GLAP le formularon cargos.

“... Yo regresé por mis amigos, nunca pensé que me iban a reconocer, yo estaba preocupada por ellos, me daba pena, no ve que los dos tienen guaguas chiquitos, me volé a llamar por teléfono y sólo la mamá de PCSV me contestó, del otro nada por cuanto tiempo les tocará estar ahí señorita... cada cuanto tengo que presentarme...” (GLAP)

“... Mis amigos dicen que a la cárcel ha ido otra abogada que dice que es amiga del Fiscal y que ella va a cambiar el delito, que nos van acusar por hurto, pero yo no tengo plata para contratarla, está cobrando muy caro porque dice que hay que darle al fiscal..., trate usted de convencerle también, si ellos salen beneficiados a mí también me tienen que dar lo mismo, ... a mí no me cogieron con nada, ayúdeme señorita...” (GLAP)

Los imputados PCSV y GPMG aceptaron el procedimiento abreviado para ser juzgados, razón por la cual suscribieron la solicitud para el Fiscal. Al recibir el documento la Fiscalía conversó con la defensa, indicándole:

“... Mi estimada doctora, no recuerdo el caso, déjeme revisar Los suyos no son angelitos, todos ellos tienen antecedentes, aquí hay más de dos participantes, lo que constituye un agravante, ya están hecho banda, así que negado el abreviado para esos delincuentes...”

“... Aquí no cuenta el valor del objeto, es la acción, golpean a la víctima para eludir el delito y pretenden salir librados y lo peor es lo que hace la señora GLAP, ella si no tiene sangre en la cara, no tiene miedo a ser sancionada ... es una avezada ...”

“... No me convence todo lo que me dice ... sin embargo, ya que usted afirma que sus defendidos quieren abreviado, yo lo voy a pensar, como voy a pensar iniciarles otra acción porque si hay los elementos para seguirles el caso por asociación ilícita...”

“... Otra vez usted doctora, qué es lo que necesita ...”

“... Perfecto ... vamos con el abreviado ... el día de la audiencia le digo la pena ... y le doy el abreviado porque acaba de llegar un caso nuevo y ya no tengo tiempo para estar con esto ...”

“... Doctora ... de lo que he podido ver sólo están dos solicitudes presentadas, falta el de GLAP... me imagino que no quiere ... con ella nos vemos en tribunales, entonces ...”

GLAP prefirió ser sometida a juicio ordinario porque no quería estar veinte meses detenida, que era la pena que se le impondría con el procedimiento abreviado.

“... Cómo me voy a ir veinte meses a Latacunga Si a mí no me cogieron con las cosas, ni en el almacén, yo sólo fui a Flagrancia para ver a mis amigos, yo me salí antes de que me cogieran Yo puedo traer testigos que me vieron en otro lado ... vea señorita yo tengo una hija por la que tengo que velar, está en una edad difícil Vaya a quedar embarazada ... yo no tengo marido, quien me apoye quién va a darle de comer a mi hija, mi madre ya está viejita, ella está bajo mi responsabilidad, yo trato de trabajar y hacer de todo para llevar el pan a la mesa ... así que no me pida que me incremine, ese fiscal me tiene odio por mi pasado, no me perdona mis errores, errores que fueron de juventud, he pensado en cambiar pero no me dan la oportunidad señorita ni la justicia, ni el Fiscal ni la sociedad ... yo tengo fe en los Tribunales, allá hay gente más imparcial...” (GLAP)

La Defensoría se allanó a la propuesta realizada por la Fiscalía y aceptada por dos de los imputados, pero solicitó la condonación de la multa en la audiencia ante el juez, en razón de que ellos estaban privados de la libertad ambulatoria y no tenían la posibilidad de conseguir un empleo fijo durante este tiempo, aparte de que la multa de doce salarios mínimos era excesiva y no era proporcional con la situación económica de los acusados, pero el juez no aceptó esta propuesta porque no se probó la extrema pobreza de aquellos; fueron condenados a veinte meses de prisión y a la multa solicitada por el Fiscal.

“... Yo sí no me voy a juicio... ya me dijeron en la cárcel que en Tribunales nos queman, lo que yo no puedo entender por qué tanto tiempo, por qué ponen penas tan altas, yo no he matado a nadie, las chompas que nos cogimos no eran de oro, ni tampoco eran la gran cosa, dígame a mi mamá que se la muestren ahí verá que es poca cosa...” (PCSV)

“... Yo acepto el abreviado porque tengo mi guagua chiquita y no puedo estar mucho tiempo aquí, además usted me dice que si puedo salir con el 60%, entonces para que voy a Tribunales si igual voy a ser condenado y con el peligro de que vaya más tiempo.... mi mujer ya me dijo que está cansada de venirme a ver acá ... que a cada rato le revisan, que le ponen hasta los perros Esta semana me quedé sin visita conyugal porque la última vez que vino a verme ha estado en la fila delante de ella una chica con droga y ahí les han cogido a todas las que han estado cerca, creyendo que están con ella, les han metido a un cuarto le han hecho desnudar, les han puesto en cuquillas, para ver si ella estaba con la droga... y yo puedo perder mi libertad pero no a mi negra porque sin ella la vida no tiene sentido...” (GPMG)

En el caso GLAP, el Tribunal dictó sentencia condenatoria en su contra imponiéndole una pena de nueve años, cuatro meses y el pago de USD \$499 dólares por las chompas que intentaron sustraerse; ante el consejo de la Defensoría para que apelara, GLAP dijo que no le interesaba porque iba a fugarse y presentarse a la justicia cuando la pena prescribiera.

Por otra parte, GLAP no concurrió a su presentación periódica porque había sufrido una caída que le causó lesión en una de las piernas por lo que la Defensa suscribió una justificación ante el Tribunal respectivo; pero el Fiscal en la audiencia de juzgamiento probó que esta afirmación era falsa puesto que ese día GLAP estaba detenida por el delito de hurto en el cantón Rumiñahui y en consecuencia se le debía ordenar su inmediata detención.

“... A qué otra cosa me voy a dedicar señorita ... todos los días mi familia come, vio como ese fiscal me odia, busca lo que no se le ha perdido... y ahora tocará esconderme, hasta que Dios permita voy a estar con mi familia o hasta lograr esa prescripción...” (GLAP)

Es interesante destacar la diferente percepción que de la justicia penal tuvieron los imputados, puesto que mientras dos de ellos prefirieron el procedimiento abreviado para liberarse de un proceso largo y gravoso y la imposición de una pena que conocían de antemano, GLAP optó por el juicio ordinario y recibió una pena de nueve años, cuatro meses, le resultó contraproducente. La razón por los procesados tomaron una diferente decisión fue porque mientras dos de ellos estaban privados de su libertad, GLAP estaba con presentaciones.

Sin embargo, como suele ocurrir en otros robos de esta clase, ni la pena ni la multa que se les impuso guardó relación con el ilícito cometido¹⁰⁹, de donde se infiere

¹⁰⁹ El caso que a continuación se relata no tiene que ver con el procedimiento abreviado, puesto que estuvo sometido a procedimiento ordinario, pero es ilustrativo de la aplicación de la justicia en función de la jerarquía política o social de los infractores. El ex vicepresidente de la república Jorge Glass, quien era objeto de sospecha de haber cometido varios ilícitos antes de ser juzgado, pero la justicia dio muestras de lentitud injustificada para procesarlo y le concedió la oportunidad de defenderse públicamente a través de los medios de comunicación, acudiendo incluso ante la Asamblea Nacional a dar su versión de sus actuaciones al frente de los cargos que había desempeñado, y recibir el respaldo de su partido y otros sectores que se hicieron presentes para abogar por su inocencia. Presionado por la opinión pública, el Fiscal General del Estado, en razón del fuero de Corte Nacional de Justicia de que gozaba, se vio obligado a someterlo a la investigación y luego a instrucción fiscal, que concluyó en su procesamiento formal ante un Tribunal de la Corte ya mencionada.

La acusación que el Fiscal le formuló junto a otros doce ex funcionarios fue el delito de asociación ilícita, sin embargo de que especialistas en la materia consideraron que esta imputación era benigna, pues no se

que el procedimiento abreviado tampoco libera a las personas de estrato popular y de bajos ingresos económicos de una justicia discriminatoria, en contraste con el trato que reciben las personas de posición social destacada.

En este caso la Defensa se sintió impotente para convencer a GLAP que tomaba el camino equivocado puesto que se exponía a que los dependientes del almacén testificaran que ella fue la autora del robo por el cual se le juzgaba y por el contrario GLAP acusaba a la Defensoría Pública de quererla exponer a una segura condena, no obstante que ella era inocente.

les atribuyeron otros delitos de que se los acusaba, como peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, etc. Luego de aproximadamente quince días de la audiencia de juzgamiento, el mencionado Tribunal los condenó a seis años de privación de libertad y al pago de catorce millones de dólares de los Estados Unidos de América por concepto de reparación integral por el perjuicio causado. El ex vicepresidente planteó apelación formalmente de esta sentencia que aún no ha sido resuelta, y le quedan por lo menos dos recursos que puede intentar y uno de acción: el de casación, el de revisión y de constitucionalidad ante la Corte respectiva, aunque también su abogado ha anunciado que acudirá a instancias internacionales, es decir que no se puede saber a ciencia cierta todavía cuándo concluye este proceso.

A simple vista, la condena impuesta al ex vicepresidente y a los demás ex funcionarios involucrados no guarda proporción con la magnitud del delito cometido y los daños causados al interés público, que en principio son incuantificables, como se evidencia en las obras de costo millonario que ellos contrataron y ejecutaron, como fueron los casos de la refinería de Esmeraldas, cuyo funcionamiento continua siendo irregular, o la llamada El Aromo que jamás se construyó a pesar de que se contrató la plataforma correspondiente, la hidroeléctrica San Francisco, etc.

Los contratos celebrados por el Estado con la empresa constructora Odebrecht tuvieron sobrepuestos exagerados; la empresa por regla general los incumplió; en cada uno de ellos sobornó a los funcionarios acusados; estas irregularidades tuvieron repercusión internacional desde el momento en que Odebrecht para atenuar su responsabilidad, divulgó los tratos que tuvo con aquellos para obtener los contratos, aumentar los precios o solucionar los incumplimientos.

El contraste entre las infracciones cometidas con estas contrataciones y el robo de bienes de ínfima cuantía, ya reseñado, es flagrante: a los acusados del frustrado robo de tres chompas del establecimiento comercial, se les impuso a una de las sentenciadas nueve años, cuatro meses de privación de libertad, y a los otros dos veinte meses de privación de libertad, no obstante que el daño que eventualmente causaron no excedía de quinientos dólares de los Estados Unidos de América. A los enjuiciados por el robo de teléfonos celulares, se les condenó a penas que oscilaron entre veinte meses y cinco años de prisión y multas que excedían completamente el valor de los teléfonos.

El impacto social de los casos relatados es enorme, puesto que pone de manifiesto que el poder político es objeto de miramientos especiales, mientras que a las personas que son de escasos recursos, se las toma como chivos expiatorios de la vindicta pública para crear precedentes que atemorizan a la gente ante la perspectiva de pagar con la cárcel infracciones mínimas, pero que son generalizadas, porque sus autores las cometen, casi siempre, con el afán de procurar el sustento de su familia, e incluso de no trabajar.

Por consiguiente, el daño causado a la sociedad es absolutamente desigual y confirma las teorías de los penalistas más escépticos que consideran que detrás de cada tipo penal y de su juzgamiento hay poderes ocultos que conciben al derecho penal en función de las diferencias anotadas, razón por la cual propugnan una reforma sustancial de este derecho, que tampoco es fácil de llevar a la práctica.

Se puede evidenciar que los mismos hechos están sometidos al juzgamiento de dos procedimientos diferentes; mientras los imputados que se sometieron al procedimiento abreviado fueron condenados a una pena de veinte meses la que optó por el procedimiento ordinario recibió una pena de nueve años, cuatro meses, no obstante que el delito acusado era el mismo. Se trata por consiguiente de un desigual juzgamiento que atenta contra el principio constitucional de igualdad ante la ley, que también debería ser contemplado por el código respectivo para introducir la reforma que impida esta clase de discriminación.

Como ha sucedido en los otros casos el Fiscal tuvo una actitud severa con el procesado que decidió a continuar con el procedimiento e incluso quiso agravar la conducta de los procesados.

En este caso la intervención de la Defensoría Pública fue de principio a fin, pero no pudo obtener la aceptación del procesado, que prefirió confiar en el procedimiento ordinario, lo que le resultó altamente perjudicial por la elevada pena que se le impuso. La víctima nunca recibió la indemnización ordenada por el Juez y en la práctica tuvo que darse por satisfecha con las penas impuestas a los procesados.

3.6 El típico robo de un celular termina en una condena desproporcionada

110

LAOV, de origen esmeraldeño, fue acusado de robar un celular supuestamente acompañado de un amigo afro descendiente, quien habría intimidado a la víctima con un cuchillo. Este asalto presumiblemente fue presenciado por GVAP y en represalia, los asaltantes resolvieron quitarle el celular que también llevaba consigo.

Avisada la policía por las víctimas, el supuesto ladrón fue aprehendido después de una rápida búsqueda y llevado a la Unidad de Flagrancia; durante la audiencia, la Defensoría Pública le ofreció al acusado sus servicios que este aceptó; durante la instrucción fiscal la Fiscalía no pudo probar la materialidad de la infracción, es decir nunca encontró al co-autor, ni al cuchillo con el cual amenazó a la víctima.

“... Yo no he sido señorita, esa chica con el chico vinieron gritando, acusándome que yo había sido el que les había quitado el celular con un

¹¹⁰ 17282 – 2016- 00797

negrito, pero eso es falso señorita porque cuando me cogieron yo no tenía nada, ni los celulares que supuestamente me había robado... yo ese día estaba con mi chica, paseando por el parque, no estábamos haciendo nada ...” (LAOV)

Se hizo la diligencia de reconocimiento del sospechoso pero únicamente a través de fotografías, y no como lo establece el código que tiene que hacérselo con diez personas de similares características para que la víctima pueda efectivamente diferenciarlo. Sin embargo, Fiscalía supo excusarse de esta obligación con el argumento de que:

“... No es tan cierto que siempre el reconocimiento deba hacerse con diez personas de similares características, el código también nos da la posibilidad de hacerlo a través de fotografías, ya hemos señalado dos veces por más que mandamos oficios al CDP no lo traen a su procesado y ya se termina la instrucción ... así que ya tocó hacerlo por fotografías...”

“... Vio que le reconocieron al suyo ... Ahí está que yo no fui ... a los procesados no hay que crees tanto, él fue... así no tenga el celular, así no haya materialidad, con esto es suficiente para convencerle al Tribunal... no necesito más, así que vaya hablando bien con su patrocinado, de gana lo va a hacer condenar pudiendo hacer el abreviado ...”

La Defensoría le aconsejó al imputado que se sometiera al procedimiento abreviado, explicándole las ventajas que tenía para no ser condenado a una pena mayor, pero este mal interpretó la asesoría que se le proporcionaba y llorando acusó al defensor de quererlo condenar siendo inocente.

“... No, yo no quiero ese abreviado ... es que ellos ya me vieron en Flagrancia, por eso me reconocen, por qué no me creen, yo no fui el que robó el celular ... mire señorita, yo ya me salvé de un homicidio que así mismo me acusaban ... no he podido comunicarme con mi chica, no me contesta, ella tiene miedo que le involucren...” (LAOV)

“ Imagínese lo que son veinte meses aquí en el infierno, es mucho, ellos me acusan porque fui el único gil que estaba parado en el parque ...” (LAOV)

En consecuencia, LAOV prefirió someterse a juicio ordinario, ante el respectivo Tribunal Penal, pero el resultado fue peor: se lo condenó a cinco años de prisión y una

multa de diez salarios básicos del trabajador en general. Actualmente el reo cumple esta condena en el Centro Regional Norte – Cotopaxi.

La tónica de esta sentencia es similar a la impuesta en otros casos similares, una pena desproporcionada en relación con el robo, sin tomar en consideración el valor de un celular y que la víctima no sufrió ningún daño en su integridad personal.

Los jueces y Tribunales son indiferentes e inexorables para aplicar la pena establecida en el Código Orgánico Integral Penal porque supuestamente es su obligación y ante el reclamo del reo, de sus familiares o de la Defensoría responden que este problema debe ser resuelto por la Asamblea Nacional mediante la reforma del código.

Como consecuencia de esta clase de condenas los centros penitenciarios se llenan cada día más de reclusos sentenciados injusta o exageradamente, con la consecuencia ya conocida: la falta de oportunidad de las personas condenadas de no poder rehabilitarse ni reinsertarse en la sociedad. Se trata pues, de un círculo vicioso que convierte al derecho penal en una pesadilla inhumana sin solución.

Es clara la relación de poder en perjuicio del procesado ya que el Fiscal logró una sentencia con una sola prueba, sin necesidad de presentar ante el Tribunal el cuerpo del delito, es decir que el Juez sólo se atuvo a la palabra del Fiscal, al margen de lo que alegara el procesado.

Esté por lo demás negó insistentemente que fuera el autor del robo que se le imputaba y sigue privado de la libertad. En cuanto al Defensor, el procesado no le hizo caso, a su advertencia de que Fiscalía podía conseguir una sentencia mayor a los veinte meses ofrecidos.

El Tribunal le creyó a la víctima, no obstante que el robo se produjo durante la noche en la cual era virtualmente imposible identificar al autor del robo. La víctima por su parte debió contentarse con que el supuesto autor del robo fuera condenado a cinco años, sin recibir a cambio ninguna indemnización.

3.7 Fiscal hace gala de su poder ¹¹¹

Una banda de jóvenes que oscilaban entre 23 y 29 años de edad, se dedicaba a asaltar a los restaurantes de venta de pollos o hamburguesas, y ante las denuncias presentadas, la policía se dedicó a investigarlos, hasta que finalmente con las suficientes evidencias aprehendió a cinco de sus integrantes, cuatro heterosexuales y un homosexual, fueron conducidos a la Unidad Penal para la audiencia de formulación de cargos. El Juez formalizó su detención en razón de que ninguno tenía documentación de arraigo, es decir ocupaciones o trabajos y domicilios fijos que les inhibiera de fugarse.

Todos los imputados prefirieron contratar abogados particulares, con el argumento de que la Defensoría no tenía tiempo para defenderlos y que era incapaz de representar sus derechos; uno de ellos finalmente recurrió a esta Defensoría porque se le acabó el dinero para pagar al abogado contratado.

En la primera entrevista que Defensoría Pública realizó a uno de los implicados, y con su compañero de vida sentimental, se ratificaron que querían el procedimiento abreviado.

“... Yo quiero el abreviado, ya mis causas (compañeros) hicieron lo mismo ya les dijo el Fiscal que bueno, vaya usted doctorcita ... y pídale el abreviado, si es posible ruéguele para que me den menos de veinte meses ...” (EOPG)

“... La abogada particular me dijo que no hay chance, que ni se me ocurra irme a juicio, además como usted dice ya se acabó la instrucción ... sé que el Fiscal está pidiendo plata pero yo ya no tengo ... a MAO ya no le alcanza el dinero ...” (EOPG)

“... Haga todo lo posible para que no le den mucho tiempo, yo le extraño en la casa, sin él no es lo mismo, a mí me da pena verlo en las condiciones en las que se encuentra, todos los días me llama a contarme que ya le han golpeado, que le están pidiendo plata y plata es lo que ya no tenemos ...” (MAO)

Luego de suscribir la solicitud respectiva, y ante el requerimiento de Defensoría el Fiscal, anunció que le impondría al acusado una pena de veinte y cuatro meses de prisión; ante la protesta del defensor que la consideraba discriminatoria en relación con los demás imputados a los que le había anunciado que les fijaría una pena de veinte meses.

¹¹¹ 17282-2015- 05233

“... Sé que la defensa anterior del señor EOPG, ya había solicitado el abreviado en este caso, pero no le voy a dar a su cliente, eso ya lo he decidido ... su defendido, es el peor de todos, él los amenazaba junto a TOP quien también ya ha venido a pedir el abreviado pero también ha sido negado... Mire usted donde éstos realizan sus fechorías, a pocas cuadras de mi oficina, es decir a mis espaldas están haciendo de las suyas y eso no le voy a permitir.. ... yo estoy encargado de proteger a la sociedad ... tengo que precautelar que la gente trabajadora como usted y como yo puedan transitar en paz con la seguridad, no con el miedo de esta gente que viene en tropel para causar daño...”

“... Yo no pienso en la economía procesal, en la celeridad que me dice ... esos argumentos en otros casos, el Estado tiene la capacidad de asumir estos costos, no sufra por el presupuesto de la administración de la justicia, además siempre ha estado sobre cargada ...”

“... Si está en la ley, pero entiéndalo el procedimiento abreviado no es un derecho, es mi potestad elegir a quien doy el abreviado y si no quiero no pasa nada, en su caso es no ... y los jueces siempre nos dan la razón, es una institución prerrogativa de Fiscalía, ya hay un montón de sentencias que confirman lo que le digo ... ahora sobre las razones porque decido darles a los otros procesados el abreviado no tengo porque dárselas, sin embargo porque es usted, haré una excepción, los otros procesados pidieron el abreviado desde el principio mientras el suyo recién no más ... además los otros tuvieron la valentía de aceptar los hechos mientras cuando se le llamó a rendir la versión a su defendido se acogió al silencio...”

“... De nada van a valer sus argumentos, mejor nos vemos en la audiencia y si el juez dice algo, veremos qué le contesto, aunque como le digo no va a decir nada, si no nos vemos en Tribunales ...”

De nada valió el reclamo de la Defensoría, y el Fiscal aduciendo que EOP se había acogido al derecho al silencio, aumentó la pena a veinte y seis meses y este fue el resultado de la negociación.

Sin embargo, la audiencia no se realizó en el tiempo previsto por problemas propios del juzgado y la incertidumbre de EOPG y MAO aumentaba

“... Yo no entiendo por qué ese Fiscal les da a los demás veinte meses y a EOPG le da veinte seis meses porque tiene un trato diferencial, es por qué fuimos con usted, porque cuando iba con la abogada particular, ella habló y dijo que nos iba a dar los veinte meses ...” (MAO)

“... Lo que pasa es que no tuvimos plata para pagarle a la abogada para que le de al Fiscal, qué impotencia que tengo doctorcita y ahora como le vamos a decir a EOP que él le van a dar más condena...” (MAO)

En la audiencia preparatoria de juicio la Fiscalía negó el procedimiento abreviado y expuso las mismas razones que fueron dadas a la defensa durante la negociación, sin embargo ya habían pasado cinco meses y medio desde que fueron aprehendidos la banda de muchachos, los que habían salido favorecidos con la pena de veinte meses, estaban ya condenados mientras que las dos personas excluidas del abreviado sin razón alguna, seguían sin sentencia por lo que estaba por caducar la prisión preventiva, situación que inquietaba al juez ya que el tiempo estaba por fenecer, por lo que llamó a la defensa para que proponga una audiencia de revisión de medida, la cual fue concedida sin ninguna objeción; desde ese día fueron puestos en libertad EOPG y TAG.

“... Doctorcita yo sé que me sacaron por conveniencia pero no importa, porque aguantarme tanta cana adentro en Latacunga, es para volverme loco, ya me contaron cómo es allá, además para MAO es difícil visitarme, al menos libre como sea huyo...” (EOPG)

En Tribunal Penal EOPG y TAG fueron condenados a seis años de privación de libertad. La Defensoría apeló la sentencia y la Corte Provincial no aceptó su solicitud y ratificó la condena que se le había impuesto al procesado, indicando que efectivamente el procedimiento abreviado es potestativo de Fiscalía y que puede negarlo, como es el presente caso.

EOP optó por fugarse hasta que prescriba la pena; TAG, otro miembro de la banda, al que también le había negado el procedimiento abreviado fue condenado también por el Tribunal a seis años de prisión, pero propuso el recurso de casación que hasta la fecha no se resuelve.

En este caso se pone de manifiesto la desigual relación de poder entre el Fiscal y los acusados, que es completamente favorable para el primero; en efecto el Fiscal abusa de su posición y discrimina deliberadamente a dos de los miembros de la banda a los que acusa de no colaborar con la investigación amparados en el derecho constitucional del silencio, que el Fiscal pasa por alto sin ninguna consecuencia para él. Se puede constatar nuevamente que la relación de poder gravita en contra de los procesados, ya que recibieron una sanción desproporcionada, y se les negó la aplicación del procedimiento abreviado por capricho del Fiscal. Es un caso que recibió sentencias distintas, siendo que tienen la misma calificación jurídica.

No existió, por otra parte, la negociación que prevé el Código Orgánico Integral Penal, entre el Fiscal y los imputados para la determinación de la pena y, sin embargo, el juez se allanó a la voluntad del fiscal, de resultas de lo cual tres miembros de la banda fueron condenados a veinte meses de prisión y los dos restantes a seis años de privación de libertad, una condena inaudita que la Corte Provincial ratificó aceptando el argumento del Fiscal de que los dos afectados no habían colaborado con la investigación.

En este caso se evidencia que la Corte Provincial y la fiscalía hacen tabla rasa el principio de igualdad ante la ley, en virtud del cual todos los implicados tenían derecho al mismo trato.

Los Jueces que conocieron del procedimiento no tuvieron en cuenta que para el mismo caso se aplicaban dos procedimientos, lo que afectaría a la larga el precepto de la igualdad jurídica de las personas ante la ley; lo que constituye una grave falla del Código Integral Penal pues otorga al Fiscal la potestad de si un caso debe ser sometido al procedimiento abreviado u ordinario, sin tener en cuenta los derechos del procesado.

Como sucede en otros casos la defensoría pública interviene para asesorar al procesado, pero tanto el fiscal como los Jueces hacen caso omiso de sus alegatos. No cabía por otra parte que se juzgara a los presuntos responsables por asociación ilícita porque no era la sociedad como tal la perjudicada, sino un establecimiento comercial en particular.

3.8 El tráfico de influencias, delito típico de la administración pública¹¹²

María Sol Larrea ejerció el cargo de coordinadora del IESS y Gerente del Hospital Carlos Andrade Marín de la misma institución, cuando fue presidente del Instituto de Seguridad Social por varios años el Economista Ramiro González. Según todas las evidencias se convirtió en la funcionaria de mayor confianza de esta directiva.

Su inculpación fue consecuencia de una auditoría practicada por la Contraloría General del Estado que concluyó por descubrir irregularidades cometidas por González y su coordinadora, pero mientras el primero fugó, la segunda fue aprehendida con su marido e hijos en el aeropuerto Mariscal Sucre de Quito, mientras se proponía ausentarse a Estados Unidos.

¹¹² <https://www.elcomercio.com/actualidad/mariasollarrea-sentenciada-carcel-enriquecimiento-iess.html>

María Sol Larrea fue procesada por una parte por el delito de tráfico de influencias y por otra por el delito asociación ilícita y está pendiente el juzgamiento de otras infracciones cometidas por ella durante el ejercicio de su cargo, pero algunas de estas siguen en investigación.

Aparentemente era intermediaria de González en la compra de medicinas para el IESS y en el otorgamiento de contratos para la construcción de hospitales y otras unidades médicas, y en esta condición cobraba comisiones que le permitieron enriquecerse a su jefe y a ella.

En una primera etapa de su juzgamiento ella optó por el procedimiento abreviado, en virtud del cual admitió ser culpable de tráfico de influencias, y de esta manera fue condenada a doce meses de privación de libertad, una multa de doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general y doscientos mil dólares de los Estados Unidos de América como reparación integral al IESS.

En la actualidad María Sol Larrea, purga su pena en el Centro Regional Norte de Latacunga, faltándole diez meses para salir en libertad; sometida nuevamente al procedimiento abreviado fue condenada a un año de prisión por el delito de asociación ilícita; no obstante que con el juzgamiento de este delito ha demostrado que no reparó en valerse de cualquier medio doloso para beneficiarse, el Fiscal pasó por alto esta circunstancia y le impuso nuevamente la mínima pena.

De nuevo salta a la vista la desigualdad de trato por parte de la Función Judicial entre las personas de alta posición social y las del estado llano; mientras las primeras gozan de todas las facilidades para obtener un trato deferente, la gente de escasos recursos económicos está expuesta a toda clase de contingencias judiciales que casi por regla general concluyen en su condena.

Hay además una desproporción enorme entre el producto de los ilícitos cometidos por los privilegiados de este sistema y los infractores de poca monta; mientras los primeros, por regla general, se convierten en millonarios de la noche a la mañana por los ilícitos que cometen, los segundos no tienen ni siquiera para alimentarse en la cárcel o para pagar la multa, situación esta que los expone a cometer nuevos delitos para poder sobrevivir.

En este caso tiene de particular que la relación de poder se inclina a favor de los procesados, quienes reciben penas relativamente benignas en comparación con los delitos que se les imputaron. Esta causa tuvo una defensa particular constituida por varios abogados y no requirieron la intervención de la Defensoría Pública.

Fiscalía ha sido señalada por la opinión pública como condescendiente al acusarla, sin embargo su juzgamiento transcurrió de manera reservada y no se conoce los pormenores del procedimiento.

La víctima, que es el Estado, no ha recibido hasta hoy y es dudoso que reciba la indemnización que los Jueces establecieron porque se valdrán de toda clase de recursos para eludir el cumplimiento de esta obligación.

De los casos expuestos se puede concluir que el procedimiento abreviado no es una negociación colaborativa sino que es una negociación competitiva, donde la parte ganadora resulta ser la fiscalía; pues también se puede señalar que la relación es desigual, además no se toma en cuenta los parámetros de reparación integral para las víctimas.

18.- Mientras tanto las cárceles se siguen llenando de gente por efecto del populismo penal, que es la represión indiscriminada de los sectores populares, cuyos miembros en un momento determinado se ven impelidos a incurrir en infracciones motivadas en sus necesidades o aspiraciones insatisfechas.

19.- Por otra parte, las asambleas parlamentarias, a cargo de las cuales corre la expedición o reformas de las leyes penales, son cuerpos colegiados que generalmente actúan impulsados por consideraciones políticas circunstanciales que se generan en la sociedad, o en cumplimiento de consignas políticas o concepciones ideológicas que propugnan el endurecimiento de las penas para liberar a la sociedad del incremento de la delincuencia. La experiencia universal ha demostrado, sin embargo, que el endurecimiento de las penas no impide necesariamente el cometimiento de los delitos por más horribles que sean, porque quienes incurrir en ellos suelen ser personas psicológicamente extraviadas, a las que no les importa, en último término, auto eliminarse para escapar a penas de cárcel ilimitadas.

Capítulo cuatro.

Conclusiones

1.- El poder es inherente a toda organización social, comenzando por el Estado, que es la organización social por antonomasia, pero el uso que se le dé al poder depende de los intereses de las personas o de los grupos en sus relaciones con los demás, por eso el poder es dinámico porque pasa de unas manos a otras y es objeto de disputas por consideraciones económicas y sociales.

2.- Para el Dr. Alonso Salazar, según su ponencia aquí expuesta, todo proceso de penalización de delito depende de poderes ocultos sin embargo en un Estado democrático, la legislación penal o de cualquier otra naturaleza es discutida públicamente con participación de una pluralidad de grupos sociales con diferentes intereses y puntos de vista de los sectores sociales que no siempre reflejan poderes ocultos sino que más bien son contestatarios que impugnan el orden establecido.

3.- También es discutible que el poder institucional es un poder derivado, como señala el mismo autor, porque si surge de la Constitución y la ley es un poder originario, en razón de que es producto de la voluntad del pueblo soberano. Además es una aberración sostener que el fenómeno jurídico está supeditado a los poderes ocultos, puesto que como hemos visto en un Estado democrático la situación es inversa.

4.- Las relaciones de poder según Foucault varían en función de las transformaciones sociales, no surgen de manera espontánea, y para detectar este cambio se deben tener en cuenta cuatro elementos: primero el sujeto activo y el sometido; el segundo son las respuestas que se abren ante una relación de poder, y los dos otros elementos son el consentimiento y la violencia.

5.- En el procedimiento abreviado como en otras modalidades de juzgamiento las relaciones de poder suelen ser imperceptibles; se dan de hecho, por obra de la costumbre, o de las desigualdades imperantes dentro de una sociedad. Hay diferentes tipos de relaciones de poder, como la religiosa, cultural, laboral, médica, cada una tiene con sus prácticas sociales propias. La aparente negociación en el procedimiento abreviado es un reflejo de esta realidad.

6.- La incorporación del procedimiento abreviado fue la consecuencia del interés de un organismo internacional que estaba empeñado en impulsar la modernización de la justicia penal en nuestro país, no sólo para dar una respuesta efectiva al auge de la criminalidad, sino para evitar la acumulación de causas, contrarrestar la congestión de procesos y por lo tanto evitar las prescripciones, lograr que se expidan oportunamente las sentencias y en general reforzar la seguridad jurídica e institucional de la población nativa y de los extranjeros que por cualquier motivo llegan al país con el afán de invertir en negocios que requieren ser protegidos contra la inestabilidad institucional.

7.- De la experiencia que deja la aplicación del procedimiento abreviado, se tiene que varios principios esenciales para la transparencia de esta modalidad de juzgamiento, han sido puestos en entredicho. En primer término, el de autoincriminación que se lo pasa por alto al presionar al reo para que declare su culpabilidad en el cometimiento de un delito, con el riesgo de que Fiscalía y los Jueces se valgan de esta circunstancia para condenarlo o imponerle sentencias excesivas. Un efecto de esta violación es que se elimina el principio de contradicción, puesto que, admitido por el reo su culpabilidad, este renuncia a aportar las pruebas de su inocencia, en lugar de las cuales prevalece el criterio del Fiscal. Otros de los principios afectados es el de publicidad, puesto que la negociación permite este procedimiento, se la haga en forma reservada y sin que quede ninguna constancia por escrito, situación está que le permite al Fiscal faltar al acuerdo contraído, si es que se lo propone, causándole grave perjuicio al procesado.

8.- La única forma de precautelar los derechos del procesado es que de la negociación entre este, el Fiscal y el Defensor se deje constancia en actas que debe ser incorporada al proceso tanto para garantía del Fiscal como del procesado; esta seguridad restituiría al Juez el rol protagónico que le corresponde en el Juzgamiento del proceso abreviado y el Fiscal y el Defensor actuarían de acuerdo a las reglas y principios impuestos en el código.

9.- La aplicación del procedimiento abreviado ha facilitado el ejercicio de sus funciones a los Fiscales, Jueces, Tribunales y Defensores porque se rigen por determinados patrones de conducta e incluso adoptan modelos digitalizados que rellenan con los datos de cada nuevo caso, sin que se haga un esfuerzo para contemplar las diferencias o matices de cada proceso, de donde resulta que la justicia se automatiza en perjuicio de los imputados e incluso de la sociedad en general. En consecuencia, el

procedimiento abreviado no contrarresta necesariamente la realidad de la delincuencia y de su represión, porque refleja índices ficticios que desorientan a los poderes públicos y los inhiben de adoptar reformas o medidas destinadas a mejorar la administración de justicia.

10.- El procedimiento abreviado en principio está destinado a un juzgamiento más expeditivo y humanizado del delincuente, porque le da el derecho de negociar su pena aceptando su participación en el hecho sin someterse al trauma del juzgamiento ordinario; pero, en la práctica suele salir perjudicado, porque el fiscal abusa de su prerrogativa de negociar la pena que se le debe imponer, pensando más en acelerar el juzgamiento del caso, a veces para adquirir prestigio de una falsa eficiencia antes que la conveniencia de utilizar el procedimiento abreviado para velar por los intereses de la sociedad.

11.- Uno de los efectos contraproducentes para el procesado de la aplicación del procedimiento abreviado, es que, además de la pena, debe cargar con la imposición de una multa que no puede satisfacer y que le ocasiona la muerte civil impidiéndole su rehabilitación y el ulterior desarrollo de su personalidad, en contra de la supuesta política del Estado de procurar la redención de una persona que por diferentes circunstancias comete un delito. Lo insólito es que el Consejo de la Judicatura sigue al recluso el juicio coactivo correspondiente para el cobro de la multa, en una pérdida de tiempo y recursos absolutamente injustificada.

12.- En el Código Orgánico Integral Penal se establece que la pena aplicable en el procedimiento abreviado no puede ser menor al tercio del tiempo establecido para el tipo penal; sin embargo los Fiscales han interpretado a su arbitrio esta disposición imponiendo penas desiguales para delitos similares, porque algunos son estrictos y otros simplemente quieren evitarse problemas con el Consejo de la Judicatura que les pueden iniciar sumarios administrativos a partir de la presunción de que no han obrado con la severidad del caso juzgado. En realidad debería ser la Corte Constitucional la que en base a la estadística que tiene a su cargo, establezca las regulaciones pertinentes para evitar este tratamiento discriminatorio que desprestigia la institución del procedimiento abreviado.

13.- Varios autores manifiestan que el procedimiento abreviado no atenúa los problemas ocasionados por la demanda penal, sino que simplemente evidencia la

ineficacia del Estado para solucionar conflictos penales. Es por esta razón que se ha dado lugar al fenómeno conocido como inflación penal, que es la falsa creencia generalizada de que la norma penal va a solucionar todas las infracciones. Es por eso que se pueden encontrar dentro del sistema muchas leyes penales que no son idóneas para esta finalidad.

14.- Para solucionar todos los problemas que plantea la aplicación del procedimiento abreviado, entre los que se incluye los roles del Fiscal, del Juez y de la Defensoría Pública o Privada, las facultades de derecho de las universidades del país, los colegios profesionales y las academias especializadas, deberían promover y llevar a cabo estudios que tiendan a facilitar una pronta y eficaz acción legislativa del Código Orgánico Integral Penal para que la justicia penal logre el objetivo de que la sociedad se halle protegida del azote de la delincuencia.

Bibliografía

- Ávila, Santamaría Ramiro, *La (IN) Justicia Penal en la Democracia Constitucional de Derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., Universidad Andina Simón Bolívar, 2013
- Althusser, Louis, *Ideología un mapa de la cuestión*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2003
- Ávila, Fuenmayor Francisco, *El concepto de poder en Michael Foucault*, España: Revista de Filosofía, septiembre, 2007
- Anitua, Gabriel Ignacio, *El juicio penal abreviado como una de las reformas penales de inspiración estadounidense que posibilitan la expansión punitiva*. Argentina: Fondo de cultura económica, 2003
- Armeta, Dou Tereza, *El nuevo proceso penal español: proceso abreviado, jurídico rápido y prisión provisional*. Buenos Aires: AR Rubinzal Culzoni. 2014.
- Borja, Rodrigo, *Enciclopedia de la Política*. Quito: Fondo de Cultura Económica, 1997
- Bovino, Alberto, *El procedimiento abreviado y el juicio por jurados* (Buenos Aires: Editores del Puerto, Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp, El Procedimiento Abreviado, 2001
- Butler, Judith, *Mecanismos Psíquicos del poder, Teorías sobre la sujeción*. Madrid: Ediciones Cátedra – Grupo Anaya S.A. Instituto de la mujer, 2001
- Binder, Alberto M., *Tensiones Político – Criminales en el Proceso Penal*. Bogotá: Instituto de Altos Estudios de Derecho Penal y Derecho Procesal, Comparado. Propuesta y Debate, Ponencia presentada en el XXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, 2012
- Bourdieu, Pierre, *La fuerza del derecho*. Colombia: Biblioteca Universitaria. Ciencias Sociales y Humanitarias. 2000.
- Carrasco, Jiménez Edison, *El pensamiento penal de Michel Foucault*. Chile: Polis – Revista Latinoamericana. 23 de julio de 2012, <http://polis.revues.org/4138>.
- Criterios sobre inteligencia y la aplicación de la Ley – Materia Penal, Corte Nacional de Justicia de Ecuador. 15 de enero de 2018, http://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/publicaciones_cnj/Criterios%20Materias%20Penales.pdf
- Di Giorgi, Alexandro, Cinco tesis sobre el encarcelamiento masivo, en Social Justice: A Journal of Crime, Conflict & World Order 40 (2) 2015.

- Durán, Mario, *La prevención general positiva como límite constitucional de la pena. Concepto, ámbitos de aplicación y discusión sobre la función*. Madrid: Revista de Derecho de la Universidad de Salamanca, Vol. XXIX. Junio 2016.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Quito: Registro Oficial Suplemento 544, 2015.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Quito: Registro Oficial Suplemento 449, 2015.
- Eco, Umberto, “*Construir al enemigo*” en *construir al enemigo*, Buenos Aires: Lumen, 2012.
- Gómez, Andrés y Proaño Fernanda, *Entrevista a Máximo Sozzo, Qué es populismo penal*, Ecuador: Urnio, Revista Latinoamericana de Seguridad ciudadana No. 11, marzo 2012. 117 <http://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/117-122/1733>
- Goggman, Erving. “*sobre las características de las instituciones totales*”, Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales. Buenos Aires: Amorrortu, 2001
- Heinz, Göessel Karl, *¿ A dónde va el proceso penal? La defensa penal*. Argentina: Revista de Derecho Procesal Penal. Ed. Rubisal – Culzoni. Director Edgardo Alberto Donna. 2012
- Herrera, Mercedes, *La negociación en el proceso penal desde la dogmática del Derecho Penal. Especial referencia a los ordenamientos español y peruano*. Perú : Revista de Política Criminal. Vol 1, Julio 2016
- Hernández, Aguilar Mislany, *Aspectos claves de una negociación efectiva*. Colombia: Conferencia empresarial realizada en Colombia, 12 de noviembre de 2014. <https://www.gestiopolis.com/que-es-negociacion-tipos-etapas-y-tecnicas-efectivas/#autores>
- Holloway, John, *Cambiar el mundo sin tomar el poder. El significado de la revolución hoy*, Caracas: Vadell Hermanos Editores, 2005
- Foucault, Michael, *Un dialogo sobre el poder*, España: Editorial Alianza, 1981
- _____, “*Cómo se ejerce el Poder*” 23 de agosto de 2017. <http://www.unizar.es/deproyecto/programas/docusocjur/FoucaultPoder.pdf>, [El artículo original fue publicado en Hubert Dreyfus, Paul Rabinow y Michel Foucault, Un Parcours Philosophique, Paris, Editions Gallimard, 1984](http://www.unizar.es/deproyecto/programas/docusocjur/FoucaultPoder.pdf)
- _____, *Vigilar y Castigar*. Buenos Aires: XXI Editores Argentina, Nueva y derecho, 2003.
- Narvaez, Marcelo. *Procedimiento Penal abreviado*. Quito: Editorial Librería Jurídica Cevallos.

- Langbein, John, *Tortura y plea bargaining*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001
- Langer, Máximo, *La dicotomía acusatorio – inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2001
- López, Pino Israel, *Reflexiones sobre el Poder*, 15 de septiembre de 2017, <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/cuba/if/marx/documentos/22/Reflexiones%20sobre%20el%20poder.pdf>
- Luigi, Ferrajoli, *Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto - Julio B. J. Maier y Alberto Bovino, comp, El Procedimiento Abreviado, 2001
- Luhmann, Niklas, *Sistema y entorno*. Barcelona: Editorial Anthropos - en Sistemas Sociales, Lineamientos para una teoría general, 1998
- Ovejero, Bernal Anastasio y Martín Juan Pastor, *La dialéctica saber/poder en Michel Foucault: Un instrumento de reflexión crítica sobre la Escuela*. Madrid: Departamento de psicología de la Universidad de Oviedo, Aula abierta No. 77, 2001
- Oliva, Juliana, *La negociación y la celeridad en los procedimientos especiales y diferenciados de la provincia de Buenos Aires*. Buenos Aires: Revista de Derecho Penal y Criminología. Año IV, 2014
- Paredes, Melvin Javier, *El concepto de arqueología en Foucault*. Nicaragua: Instituto de Desarrollo Humanístico, Universidad Politécnica de Nicaragua. América Central, 2015
- Plan del Buen Vivir 2013- 2017. Quito – Ecuador : Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo – Senplades 2013.
- Piedra, Guillen Nancy, *Relaciones de poder: Leyendo a Foucault desde la perspectiva de género*, (Costa Rica: Revistas de Ciencias Sociales (Cr), vol. IV, núm. 106, 2004
- Rodríguez, Carlos Andrés, *Aspectos claves de una negociación efectiva*. Colombia: Conferencia empresarial realizada en Colombia, 12 de noviembre de 2014
- Rujas, Martínez Javier, *Genealogía y Discurso de Nietzsche a Foucault*. España: Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas. Universidad Complutense de Madrid, 2010
- Ruiz, Olabuénaga José Ignacio. *Teoría y práctica de la investigación cualitativa*. Bilbao: Editorial Universidad de Deusto, 2012

- Salazar, Alonso, *Poder oculto Derivado y Oculto y su relación con el Proceso de Criminalización en Derecho Penal*: Costa Rica: Revista Judicial No. 113, septiembre 2014
- Sozzo, Máximo, *Democratización y penalidad en la Argentina*. Buenos Aires: Revista Derecho Penal y Criminología – Año IV, 2004.
- Torres, Amaya Edith, *Tácticas de Negociación Empresarial*, <http://publicaciones.urbe.edu/index.php/comercium/article/viewArticle/212/304>; 30 de agosto de 2017
- Tribunal: Jorge Glas condenado a seis años por asociación ilícita con Odebrecht, *El Comercio*, 13 de diciembre de 2017, <http://www.elcomercio.com/actualidad/tribunal-jorgeglas-condena-juicio-odebrecht.html>
- Vannelli, Viel Renato, *Cuestiones de Derecho Penal, Proceso Penal y Política Criminal*. Perú: Ara Editores E.I.R.L, 2015
- Villagómez, Richard, *El Rol del Fiscal en el procedimiento abreviado*, Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/484/1/T605-MDP-Villag%C3%B3mez-El%20rol%20del%20fiscal%20en%20el%20procedimiento%20penal%20abreviado.pdf>
- Zaffaroni, Eugenio, *Derecho Penal y Poder Punitivo, Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires: Editorial Ediar, 2002
- _____, “La cuestión criminal”, 15 de agosto de 2017, https://www.pagina12.com.ar/especiales/archivo/zaffaroni_cuestion_criminal/1-8.la_cuestion_criminal.pdf
- _____, “La mujer y el poder punitivo”, 17 de agosto de 2017, <http://cubc.mx/biblioteca/libros/Zaffaroni%20-%20Mujer%20y%20poder%20punitivo.pdf>
- _____, *Criminología, Aproximación desde el margen*. Bogotá: Editorial Temis, 1988
- Zambrano, Pasquel, Alfonso, “*Temas de Derecho Penal y Criminología*”. Guayaquil: Offset Graba, 1988