



UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

DIRECCIÓN DE POSGRADO

MAESTRÍA EN DERECHO CON MENCIÓN EN LITIGACIÓN PENAL

TRABAJO DE TITULACIÓN

**MODALIDAD: PROYECTO DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO
PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGÍSTER EN DERECHO
CON MENCIÓN EN LITIGACIÓN PENAL**

TEMA:

**LA DEFENSA TÉCNICA ACTIVA EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA
DENTRO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO ECUATORIANO.**

AUTORA:

AB. OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE

TUTORA:

DRA. MARIA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ MSc.

GUARANDA, 2022

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA

Yo, **DRA. MARÍA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ MsC.** en mi calidad de Tutora del Proyecto de Investigación como modalidad de titulación contemplado legalmente en el Reglamento de Admisión, Matriculación, Permanencia y Graduación en Programas de Posgrado y Educación Continua de la Universidad Estatal de Bolívar designado por el Comité Académico de Posgrado y ratificado mediante Resolución de Comisión Académica de la Universidad, bajo juramento **CERTIFICO:** que la señorita **OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE**, egresada de la Universidad Estatal de Bolívar, Maestría en Derecho con mención en Litigación Penal, ha cumplido con los requerimientos del proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magíster en Derecho con mención en Litigación Penal, con el tema: **“LA DEFENSA TÉCNICA ACTIVA EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA DENTRO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO ECUATORIANO”**; habiendo trabajado conjuntamente en el desarrollo del mismo con la investigadora constatando que el trabajo realizado es de autoría de la tutoriada por lo que se aprueba el mismo con la nota de nueve punto uno.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad, facultando a la interesada hacer uso del presente para la presentación y calificación por parte del Tribunal respectivo.

Atentamente,

**MARIA DEL
MAR GALLEGOS
ORTIZ**

Firmado digitalmente por
MARIA DEL MAR
GALLEGOS ORTIZ
Fecha: 2022.07.06
09:12:08 -05'00'

Dra. María Del Mar Gallegos Ortiz MsC.
Tutora

DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA

Yo, **OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE**, egresada de la Maestría en Derecho con mención en Litigación Penal de la Universidad Estatal de Bolívar, bajo juramento declaro en forma libre y voluntaria que la presente investigación cuyo tema es: "**LA DEFENSA TÉCNICA ACTIVA EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA DENTRO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO ECUATORIANO**"; ha sido realizado por mi persona con la dirección de la **DRA. MARÍA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ** MsC., Tutora del Trabajo de Fin de Máster de la Universidad Estatal de Bolívar, por lo tanto este es de mí autoría. Debo dejar constancia que las expresiones vertidas en el desarrollo de esta investigación, las he realizado apoyándome en bibliografía, lexigrafía e infografía actualizada y que sirvió de base para exponer posteriormente mis criterios en esta investigación.



Olga Lissette Pinto Bustamante.
Autora
C.C. No. 1104300841



**ESCRITURA PÚBLICA
DECLARACION JURADA
ABOGADA OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE**



En la ciudad de Guaranda, Capital de la Provincia de Bolívar, República del Ecuador, hoy día SABADO, UNO DE OCTUBRE DE DOS MIL VEINTE Y DOS, ante mí, Doctor GUIDO FABIAN FIERRO BARRAGAN, NOTARIO PÚBLICO PRIMERO DEL CANTÓN GUARANDA, comparece la señorita Abogada **OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE**, portadora de la cedula de ciudadanía número uno uno cero cuatro tres cero cero ocho cuatro guion uno. La compareciente es de nacionalidad ecuatoriana, mayor de edad, de estado civil, soltera, capaz de contraer obligaciones, domiciliada en la ciudad de Guayaquil, provincia del Guayas, y de tránsito por esta ciudad y Cantón con número de teléfono móvil: 0978888392 a quien de conocer doy fe en virtud de haberme exhibido su cédula de ciudadanía y papeleta de votación cuya copia adjunto a esta escritura. Advertida por mí el Notario de los efectos y resultados de esta escritura, así como examinados en forma separada, de que comparece al otorgamiento de la misma sin coacción, amenazas, temor reverencial, ni promesa o seducción, juramentada en debida forma, prevenida de la gravedad del juramento, de las penas del perjurio y de la obligación que tiene de decir la verdad con claridad y exactitud, bajo juramento declara lo siguiente: “ Previo a la obtención del Título de Magister en Derecho Con Mención En Litigación Penal, que los criterios e ideas emitidas en el presente trabajo de investigación titulado **“LA DEFENSA TÉCNICA ACTIVA EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA DENTRO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO ECUATORIANO”**, son de mí exclusiva responsabilidad en calidad de autora. Es todo cuanto puedo decir en honor a la verdad.” (Hasta aquí la declaración juramentada rendida por la compareciente, la misma que queda elevada a escritura pública con todo el valor legal). Para el otorgamiento de esta escritura pública se observaron todos los preceptos legales del caso; y leída que le fue a la compareciente íntegramente por mí el Notario, se ratifica en todo su contenido y firma conmigo en unidad de acto. Incorporo esta escritura pública al protocolo de instrumentos públicos, a mi cargo. De todo lo cual doy fe.-


ABG. OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE
C.C.110430084-1


Doctor Guido Fabian Fierro Barragan
NOTARIO PÚBLICO PRIMERO DEL CANTÓN GUARANDA.



DEDICATORIA

Dedico todo mi esfuerzo y mis ganas de superarme día a día a mis padres, Jimmy y Olga, en especial a ella que ha sido siempre fortaleza y luz en mi vida.

A mi abuela Pastora Santos y a Harry, por haberme hecho sentir como una hija.

A Rodrigo, por su apoyo, cuidado y amor incondicional.

A Kira, por ser mi compañera de vida.

A mi familia.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a Dios, por ayudarme a alcanzar esta meta y por todas sus bendiciones.

A mi mentor Rene Astudillo, por sus enseñanzas y por ser mi guía en esta profesión.

A mi tutora María del Mar Gallegos, por su paciencia, tiempo y conocimientos.

A la Universidad Pública por darme el privilegio y el honor de ser abogada.

TÍTULO

“La defensa técnica activa en la investigación previa dentro del sistema oral acusatorio ecuatoriano”.

INDICE

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA	2
DECLARACIÓN JURAMENTADA DE AUTENTICIDAD DE AUTORÍA	3
DEDICATORIA	4
AGRADECIMIENTO	5
TÍTULO	6
RESUMEN	9
ABSTRACT.....	10
GLOSARIO DE TÉRMINOS.....	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I: PROBLEMA.....	16
1.1. Planteamiento del problema.....	16
1.2. Formulación del problema	16
1.3. Objetivo: general y específicos	16
1.3.1. Objetivo General	16
1.3.2. Objetivos específicos	17
1.4. Justificación	17
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	18
2.1. Antecedentes	18
2.2. Fundamentación Teórica.....	20
UNIDAD I: Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano.....	20
UNIDAD II: El debido proceso penal ecuatoriano.....	33
UNIDAD III: La defensa técnica como derecho	46
2.3 Hipótesis	58
2.4 Variables	58
Variable Independiente:	58
Variables Dependientes:	58

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES	59
CAPÍTULO III: DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO	60
.....	60
3.1 Ámbito de estudio	60
3.2 Tipo de investigación	60
3.3 Nivel de investigación.....	60
3.4 Método de investigación	61
3.5 Diseño de investigación	61
3.6 Población, muestra.....	61
3.7 Técnicas e instrumentos de recolección de datos	62
3.8 Procedimiento de recolección de datos.....	62
3.9. Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos	63
CAPÍTULO IV: RESULTADOS	64
4.1 Presentación y Análisis de Resultados.....	64
4.1.1. Presentación de Resultados.....	64
4.1.2. Análisis y discusión de resultados	78
4.2 Beneficiarios	82
Beneficiarios directos.....	82
Beneficiarios indirectos.	82
4.3 Impacto de la investigación	82
4.4 Transferencia de resultados.....	83
CONCLUSIONES	84
RECOMENDACIONES.....	85
BIBLIOGRAFÍA	86
ANEXOS	91

RESUMEN

La presente investigación tiene como objetivo de estudio, establecer el ejercicio de la defensa técnica activa durante la investigación previa, a fin de no activar de manera innecesaria el órgano punitivo del Estado. Para el efecto se realizó una investigación descriptiva y explicativa, con enfoque cualitativo, para ello se presentó el análisis dogmático jurídico aplicado del derecho a la defensa desde la jurisprudencia, la norma constitucional y penal, así mismo se realizó una investigación de campo, por medio de entrevistas a los sujetos que intervienen dentro de la investigación previa: jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, a fin de recabar información del ejercicio activo o pasivo de la defensa técnica en la fase pre procesal, dicha información se recabó por medio de la plataforma Zoom y se realizó extractos de las mismas mediante Word. Los resultados obtenidos de esta investigación denotan que la hipótesis planteada es negativa porque se determinó que la aplicación de una defensa activa en la fase pre procesal no evita el inicio de un proceso penal; por tanto, el ejercicio activo o pasivo de la defensa técnica en las diligencias de la investigación previa, es indistinto. Este estudio constituye una crítica importante para conocer qué postura o modalidad de la defensa escoger en la investigación previa dentro del sistema oral acusatorio ecuatoriano.

Palabras clave: defensa técnica, investigación previa, instrucción fiscal, sistema oral acusatorio ecuatoriano, litigación penal.

ABSTRACT

The objective of this research is to establish the exercise of the active technical defense during the preliminary investigation, in order not to unnecessarily activate the punitive organ of the State. For this purpose, a descriptive and explanatory research was carried out, with a qualitative approach, presenting the applied legal dogmatic analysis of the right to defense from the jurisprudence, constitutional and criminal law, as well as a field research, through interviews to the subjects involved in the preliminary investigation: Judges, prosecutors, public defenders and trial lawyers, in order to gather information on the active or passive exercise of the technical defense in the pre-trial phase, such information was collected through the Zoom platform and extracts of the same were made using Word. The results obtained from this research show that the hypothesis is negative because it was determined that the application of an active defense in the pre-trial phase does not prevent the initiation of a criminal process, therefore the active or passive exercise of the technical defense in the pre-trial investigation is indistinct. This study constitutes an important critique to know what position or modality of the defense should be chosen in the preliminary investigation within the Ecuadorian oral accusatory system.

Keywords: technical defense, preliminary investigation, prosecutorial instruction, ecuadorian oral accusatory system, criminal litigation.

GLOSARIO DE TÉRMINOS

La defensa técnica es una garantía básica del debido proceso, mediante la cual toda persona tiene derecho a que un abogado lo defienda en una contienda legal. El autor Jauchen manifestó que:

La defensa técnica es una exigencia necesaria en el proceso penal; consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos u deberes; controlar la legalidad del procedimiento; el control crítico de la producción de las pruebas de cargo y de descargo; la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el doble enfoque de hecho y de derecho; o recurrir las resoluciones judiciales. (Jauchen, 2005, p. 154-155).

La investigación previa denominada anteriormente como indagación fiscal, es la fase pre procesal penal, de carácter reservada, en la cual el fiscal como titular del ejercicio de la acción pública penal, reúne los elementos de convicción a fin de formular cargos en contra del investigado. El Dr. Arteaga indicó que:

En el sistema acusatorio oral, la fase de investigación se encuentra bajo la dirección exclusiva del Fiscal. Por ser su responsabilidad, debe promover todos los actos o diligencias tendientes a descubrir el delito, es decir recogiendo los llamados elementos de convicción, que serán luego convertidos en elementos probatorios. (Arteaga García, 2014, p. s/n).

La instrucción fiscal es una de las etapas del proceso penal, en la cual una vez que se han determinado los elementos de convicción, de cargo y descargo, el fiscal realiza su acusación en contra de la persona procesada mediante dictamen acusatorio. Para el autor Astudillo:

Esta primera etapa del proceso penal denominada instrucción es importante porque en ella los sujetos procesales (defensa y fiscalía) aportarán con diligencias de cargo y de descargo respectivamente a favor de sus pretensiones y solo con la habilidad del

litigante acompañado siempre de la verdad o medios probatorios podrá obtener un beneficio sea para la emisión de un dictamen fiscal acusatorio o no acusatorio. (Astudillo Orellana R. , 2021, p. 156).

El sistema oral acusatorio ecuatoriano se encuentra establecido por la norma suprema e indica que la sustanciación de todos los procesos, deben llevarse en su totalidad de manera oral, pública y contradictoria. El doctor Reinoso, manifestó acerca de dicho sistema que:

En este sistema es en donde aparecen diferenciadas claramente tres funciones en el proceso penal: la función de acusación que a su turno implica previa investigación; la función de defensa; y, finalmente la función de juzgamiento que lo realiza un juez o Tribunal como ente imparcial. (Reinoso Hermida, 2000, p. 50).

La litigación penal es entendida como el conjunto de destrezas y habilidades, con las que debe contar un abogado penalista a fin de preparar su teoría del caso y así llevar al convencimiento al juzgador. La doctora González, indica que “Conocer las técnicas de litigación es requisito indispensable para una aplicación correcta de la oralidad y la inmediación”. (González Obregón, 2016, p. 455).

INTRODUCCIÓN

La presente investigación tiene como tema: “La defensa técnica activa en la investigación previa dentro del sistema oral acusatorio ecuatoriano”, y como finalidad, analizar la problemática de esta investigación, misma que se basa en la excesiva carga procesal de los juzgados penales y fiscalías en Guayaquil, por ello se delimitó el espacio a investigar, esto es la fase pre procesal penal, también denominada investigación previa, fase donde se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no cargos y de hacerlo, por lo que el investigado podrá preparar su defensa, tal como se estipula en el Art. 580 del Código Orgánico Integral Penal.

Es importante señalar lo establecido en la norma suprema ecuatoriana en relación al derecho a la defensa técnica, misma que es una de las garantías básicas del debido proceso, la que brinda seguridad jurídica al Estado Ecuatoriano mediante la denominada tutela judicial efectiva y el acceso a una justicia por medio de una normativa justa, sin embargo lo establecido en la norma ecuatoriana constitucional y penal, a criterio de los ciudadanos no se refleja en la praxis, porque la sociedad no tiene la confianza en la justicia.

Siendo así que el derecho a la defensa y el debido proceso, son garantías básicas para que las personas no queden indefensión desde el inicio de la fase pre procesal penal hasta el final del proceso penal, mismas que deben cumplirse obligatoriamente, y al ejercer la profesión como abogados, este ejercicio se debe realizar de manera activa para coadyuvar al rol de investigador del fiscal, y así dependiendo de las estrategias de litigación penal utilizadas, conseguir que se respeten los derechos del denunciado y se culmine con un archivo fiscal de acuerdo a las pretensiones de la defensa técnica del sospechoso.

Esta última decisión fiscal se encuentra en el Art. 411 del Código Orgánico Integral Penal, y se da cuando el fiscal no reúna los suficientes indicios, elementos de cargo, para solicitar el inicio de la instrucción fiscal, debido a que él, es quien tiene la potestad y en

aplicación al principio de objetividad, podrá solicitar el archivo de la investigación previa. Por lo que entonces la denominada defensa técnica activa, en aplicación del principio de impulso procesal y debida diligencia, puede aportar elementos de descargo que conlleven al fiscal al mismo fin, archivar la investigación previa.

Por otro lado, se analiza las diligencias dentro de la investigación previa, siendo importante este análisis porque existen modalidades de la defensa técnica a ejercer, que pueden cambiar por la designación de un abogado privado o público por parte del sospechoso, que en la mayoría de las ocasiones este último ejercerá una defensa técnica pasiva o lo dejará en indefensión. Es por ello por lo que se debe analizar y describir en la presente investigación acerca del derecho a la defensa y sus modalidades, y si esto evita el inicio de un proceso penal, para poder demostrar teórica y científicamente, si los derechos y las garantías establecidas en la Constitución de la República del Ecuador y los tratados internacionales suscritos y ratificados por este país son garantizados en el debido proceso penal, en específico en la investigación previa.

Finalmente, la línea de investigación de la presente tesis es la criminología, ciencias forenses y seguridad ciudadana, y como metodología se aplicó la investigación descriptiva en el marco teórico, y de campo con enfoque cualitativo, mediante entrevistas a jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, de igual forma se empleó herramientas de investigación analítica, descriptiva y explicativa para poder entender de mejor manera el problema en estudio y los resultados de este.

Esta tesis está conformada por cuatro capítulos, en el primero se explica el problema en estudio, a fin de indicar cuáles son los objetivos a estudiar, analizar y describir; en el segundo, se establece el marco teórico, bajo los antecedentes y la fundamentación jurídica, mismo estudio que se realiza de forma deductiva, estudiando el sistema oral acusatorio ecuatoriano y especificando el derecho a la defensa; en el tercero, la investigadora describe el marco

metodológico con el que se realiza el estudio investigativo del problema; y como cuarto y final capítulo, se presentan los resultados de la investigación, su análisis y discusión para mayor entendimiento del lector.

Este trabajo de titulación constituye un aporte a la academia jurídica ecuatoriana, y una crítica constructiva a los sujetos intervinientes del proceso penal a fin de que mejoren sus servicios a la Administración de Justicia. Con este estudio se podrá entender los objetivos planteados en la siguiente investigación, y así analizar la garantía de la defensa, como debe funcionar en el sistema oral acusatorio ecuatoriano.

CAPÍTULO I: PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

El presente trabajo de investigación tiene como problemática, la excesiva carga procesal de los juzgados penales y fiscalías en Guayaquil, que se ha dado a conocer por medio de reportajes periodísticos en medios de comunicación y que se palpa en el día a día del libre ejercicio profesional. (Corte Nacional de Justicia, 2022). Siendo un indicador que la defensa técnica que ejerce el abogado influye en el inicio de los procesos penales lo que conlleva la excesiva carga procesal antes mencionada.

Por lo que existen procesos iniciados, que podrían haber culminado con un archivo dentro de la fase pre procesal penal, sin embargo no ha sido así, por lo que es relevante el estudio de la defensa técnica, activa o pasiva, según las conveniencias de nuestro patrocinado, frente a las atribuciones exclusivas de la fiscalía establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, esto es formular cargos dentro de una investigación previa, lo que nos influye que podría ser indiferente la postura activa o pasiva del litigante, porque el fiscal puede formular cargos sin que la defensa técnica se pueda oponer, dejando como alternativa que la fase pre procesal sea reservada para el sospechoso, siempre y cuando se respete el debido proceso y los derechos constitucionales de este.

1.2. Formulación del problema

¿Una defensa técnica activa en la investigación previa evita la apertura del proceso penal en el sistema oral acusatorio ecuatoriano?

1.3. Objetivo: general y específicos

1.3.1. Objetivo General

Establecer el ejercicio de la defensa técnica activa durante la investigación previa, a fin de no activar de manera innecesaria el órgano punitivo del Estado.

1.3.2. Objetivos específicos

1. Analizar la garantía de la defensa técnica en la investigación previa.
2. Determinar la vulneración del derecho a la defensa, en los casos de defensa técnica pasiva o cuando se dispone que la defensa sea pública.
3. Explicar el problema que crea la falta de una defensa técnica activa, esto es el inicio de un proceso penal.

1.4. Justificación

El presente trabajo de investigación servirá para conocer a fondo el rol de la defensa y de manera sucinta el rol de los demás sujetos intervinientes en la fase pre procesal penal, por lo que se ha determinado como problemática, que la defensa técnica de los imputados, puede ser activa o pasiva, y que esto podría o no evitar la apertura del proceso penal, porque bien pudiera la investigación previa ser reservada, por cuanto la defensa técnica está imposibilitada de oponerse a la formulación de cargos por parte de fiscalía.

Por tanto, este estudio le será útil a los defensores, sean públicos o privados, se pone a conocimiento las distintas posturas de la defensa técnica que deberán elegir según sus conveniencias para proteger los intereses de sus patrocinados; a su vez se aportará un análisis descriptivo y crítico desde la perspectiva académica y práctica del ejercicio profesional de los abogados frente a la fase pre procesal penal, lo que coadyuva un mejor funcionamiento de la Administración de Justicia.

Finalmente, el análisis del derecho comparado y de autores internacionales en lo referente a la defensa técnica y el proceso penal, tendrá como objetivo obtener información relevante y oportuna, debido a que se determinará el rol de los sujetos intervinientes en el proceso penal, sus limitaciones y sus aportes, a fin de evitar la excesiva activación del aparataje judicial, y con ello aportar desde el punto de vista doctrinal y jurídico, un estudio de las modalidades y estrategias de la defensa técnica dentro del proceso penal.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

Durante la realización de la presente tesis no se encontraron otros trabajos relacionados al tema de la defensa técnica activa, sin embargo, se encontraron investigaciones con relación a la defensa técnica en general, a nivel internacional y nacional.

Dentro de las investigaciones internacionales, está la realizada por los autores Encarnación-Díaz y otros, bajo el tema “La defensa técnica del procesado: Derecho a la defensa y debido proceso”, en la cual analizaron los derechos constitucionales del procesado, en especial el de la defensa en relación con la Defensoría Pública, por lo que se dio de recomendación que se capacite a los defensores públicos para mantener una defensa adecuada y así que no existan vulneraciones al debido proceso penal. (Encarnación-Díaz, et al., 2020).

Así mismo dentro de las investigaciones realizadas por autores ecuatorianos, se debe señalar la realizada por el abogado Mullo (2018), quien investigó sobre el derecho a la defensa en el procedimiento directo, y concluyó que el escaso tiempo que dura dicho procedimiento limita el derecho a la defensa, e indicó que el profesional del derecho se encuentra imposibilitado de obtener pruebas contundentes y más aún de anunciarlas tres días antes de la audiencia de juicio directo, por lo que en estos procedimientos, los procesados quedan en indefensión por falta de pruebas de descargo, o los fiscales por falta de pruebas de cargo, quedando estos delitos en impunidad. (p.82).

El autor González comparte el mismo criterio en relación al derecho a la defensa, en su investigación refiere que en el procedimiento directo la defensa del procesado “(...) tan solo cuenta con siete días para aportar con los elementos de convicción que le permitan justificar su inocencia, pues la efectividad del derecho a la defensa depende de contar efectivamente con el tiempo necesario para preparar una estrategia de defensa (...)”. (González Sarango, 2019, p. 106).

Una de las aristas investigadas dentro del derecho a la defensa, es la vulneración del mismo en la audiencia de flagrancia, por lo que el autor Carrión, manifiesta que el abogado patrocinador no tiene suficiente tiempo para preparar su defensa técnica, y en este caso el autor “recomienda que el tiempo sea de 48 horas para que el defensor pueda preparar una buena defensa técnica y a la vez obtenga todo lo necesario para el arraigo social”. (Carrión Lanche, 2016, p. 47).

Todos los autores antes mencionados, refieren que el derecho a la defensa no se garantiza en algunos procedimientos penales, siendo muy específico el autor Yagual, al indicar que la falta de citación también acarrea vulneración a este derecho, y que en algunas ocasiones inicia la investigación previa y el sospechoso tiene conocimiento de esta, cuando ya es notificado de la apertura de la instrucción fiscal, sin contar con la preparación ni el tiempo suficiente por parte de su defensor, para desvirtuar los hechos del cual se le acusa, por lo que este autor propone:

Es indudable, que estas acarrearán disturbios en el proceso penal, siendo motivos para la terminación del proceso; por cuanto, no se cumplirían las garantías del debido proceso, es por eso por lo que se pide mediante una propuesta de reforma incrementar una nueva forma de citación al procesado. (Yagual Villao, 2017, p. 33).

En las tesis antes señaladas, cuando se menciona al abogado se hace alusión al litigante particular, sin embargo existe la opción que el Estado puede asignar a un abogado público, a fin de garantizar el derecho a la defensa al sospechoso, por lo cual el autor Benavides ha estudiado la calidad de este servicio público, e indicó que este servicio debe ser de calidad no de “caridad” como se denota de su estudio, por lo que recomendó que:

Para que la defensa técnica sea efectiva, el abogado defensor público, debe ser activo, de alto nivel, de profundos conocimientos en el campo penal y que comparezca al

proceso en las mismas capacidades y destrezas con las que comparece el fiscal, es decir en igualdad de condiciones (...). (Benavides Montenegro, 2012, p. 133).

De todo lo expuesto, se denota que los estudios realizados hasta la presente fecha, solo se han basado en el estudio de la defensa técnica como tal, y no a la postura activa del litigante, sin embargo existen concepciones y modalidades de este derecho que ayudan a que no se inicien procesos penales, y así evitar recargar de manera innecesaria el órgano punitivo del Estado, por lo que la vulneración de dicho derecho no permite el cumplimiento de la garantía del debido proceso, relevante en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano. Esta información recolectada servirá para delimitar el estudio de la presente tesis, en razón al derecho a la defensa en la investigación previa.

2.2. Fundamentación Teórica

UNIDAD I: Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano

Como análisis histórico se indica que, con respecto a la Administración de Justicia ecuatoriana en el ámbito penal, como antecedentes había un sistema totalmente inquisitivo escrito, mismo que fue reformado con base en la Constitución del Ecuador de 1998, convirtiéndose así en un sistema acusatorio oral y que aplicándose de manera efectiva daría mayores alcances en el sometimiento a una justicia pronta, oportuna, equitativa y justa para la solución de conflictos.

En este sistema acusatorio oral, el autor Cafferata refiere que el acusado es inocente hasta que se pruebe lo contrario, e indica que el debido proceso es una garantía para el sospechoso frente al aparataje judicial del Estado, que pretende sancionarlo por medio de una pena. En el sistema en alusión según lo refiere el autor citado, se permite excepcionalmente la prisión preventiva antes de la sentencia, por lo que es importante el juicio previo, en el sistema acusatorio ecuatoriano, lo que es denominado investigación previa, a fin de que por esa fase

pre procesal el fiscal acredite la culpabilidad del sospechoso, quien ahora es considerado como sujeto del proceso, y tiene derechos y garantías que deben ser respetados durante el proceso penal. (Cafferata Nores, et al., 2012, p. 228).

Con la promulgación de la Constitución vigente, la Administración de Justicia ecuatoriana, se mantuvo en el sistema oral para la sustanciación de los procesos en todas las materias, y estableció que se apeguen a los principios concentración, contradicción y dispositivo, a fin de garantizar el debido proceso.

Lo establecido en la carta magna en relación al sistema oral acusatorio se refleja en nuestro ordenamiento jurídico penal, mismo que sigue siendo oral y acusatorio, conceptos que sin embargo algunos tratadistas como Vogler han determinado distinto, por lo que señalan que nuestro ordenamiento penal es un sistema adversarial, dado que se indica que “la adversarialidad como forma de juicio, no tiene nada que ver con la antigua tradición acusatoria y fue, en cambio, un procedimiento radicalmente nuevo desarrollado en Inglaterra en el siglo XVII”. (Vogler, 2008, p. 177).

De lo antes expuesto, el Código Orgánico Integral Penal hace referencia a la existencia de un sistema “adversarial”, cuando alude que el derecho penal adjetivo debe garantizar la existencia de un sistema adversarial, que cuente con fiscales que promuevan el ejercicio de la acción penal dentro de los principios y fundamentos del sistema acusatorio, con defensoras y defensores públicos que patrocinen técnicamente a las personas acusadas de cometer una infracción y a las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos, y con juezas y jueces que dirijan el proceso y sean garantes de los derechos de los participantes procesales. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Es importante además señalar lo mencionado por el profesor Ferrajoli, considerado el padre del garantismo penal, quien establece una definición del sistema acusatorio, según el cual manifiesta que:

Precisamente, se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción. (Ferrajoli, 1989, p. 562).

Por ello en el sistema oral acusatorio, se permite que los investigados se defiendan, y para ello se ejercerá la defensa material o técnica, y se presentarán los argumentos que consideren válidos, los elementos de descargo, para desvirtuar cualquier cargo en contra del investigado.

Finalmente se debe anotar lo indicado por el Dr. Astudillo, en relación con lo denominado como “la tríada del derecho”, conformado por el Juez de garantías penales, el agente fiscal, el abogado litigante o defensor público. (Astudillo Orellana R., 2018, p. 174-179). Siendo así que el rol del juez es de guiar y vigilar el proceso, el del fiscal es perseguir delitos bajo el principio de objetividad, y el rol de la defensa es presentar una teoría contraria a la que ha presentado la defensa, a fin de contrarrestar los elementos de cargo con los de descargo dentro del proceso penal.

A continuación, se analizará la tríada del derecho desde el sistema oral acusatorio ecuatoriano:

2.2.1.1. El rol del Juez de Garantías Penales.

Dentro del Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano, el juez tiene un deber de garantizar el principio de aplicación directa e inmediata de la norma constitucional, mismas que tienen carácter vinculante, coadyuva a la lucha por la defensa y reconocimiento de derechos

fundamentales en el ordenamiento jurídico, por lo tanto el juez en su rol garantista, deberá en todas sus actuaciones respetar: el carácter normativo o fuerza vinculante de la Constitución, la Supremacía de la Constitución, la eficacia y aplicación directa de la Constitución y la rigidez constitucional.

En el ámbito penal, el juez de garantías penales debe aplicar más principios que reglas, más ponderación que subsunción, omnipresencia de la Constitución, omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario, así mismo es quien observará que la garantía de la defensa se cumpla en el proceso penal, así él debe interpretar el derecho y la ley en el sentido más favorable al procesado, como lo establece la norma penal, porque un ciudadano no puede sufrir las consecuencias de la omisión o acción del Estado, mismo que vulnera derechos fundamentales por medio del poder judicial.

Su actividad se encuentra enmarcada internacionalmente en lo estipulado en el Art. 8 núm. 1, Art. 25 núm. 1 y Art. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la normativa suprema ecuatoriana se encuentra desde Art. 424 que se establece la jerarquía de la Constitución, la interpretación de las normas constitucionales y la vigencia de los derechos en relación con principios constitucionales.

Es así como en el sistema penal ecuatoriano, se busca como fin combatir la impunidad sin vulnerar los derechos de las personas sospechosas, por lo que el juez de garantías penales debe ser rígido en sus actuaciones, para no cometer injusticias, así mismo este es garante de los derechos de las partes en conflicto. El juez garantista debe guiar el procedimiento, aunque las partes cometan errores, para que exista justicia. Como lo indica el autor Leible:

Desde dicho presupuesto el juez tiene el deber de no conducir el procedimiento contradictoriamente, derivando perjuicios de errores u omisiones propias para las partes- está obligado a tener consideración frente a los partícipes del procedimiento y su concreta situación- no supeditación a un formalismo excesivo; justa aplicación del

derecho de prueba de la distribución de la carga de la prueba y la prohibición de exigencias irrazonables en la dirección de la prueba; igualdad de oportunidades, que se le dé en general oportunidad a las partes de expresarse [el derecho a ser oído legalmente por el juez]. (Leible, 1999, p. 154).

El maestro Ferrajoli, en su obra *Derecho y Razón*, manifiesta también que el juez es considerado como sujeto pasivo, y este debe estar separado de las partes y al proceso, para que exista la igualdad de partes frente al litigio, y que estos deberán aportar las pruebas con el fin de que el juez en audiencia resuelva a libre convicción y su sana crítica. Es así como se concibe al juez natura como una garantía del proceso, por lo que este principio “(...) impone que sea la ley la que predetermine tales criterios de forma rígida y vinculante, de modo que resulte excluida cualquier elección *ex post factum* del juez o tribunal a quien le sean confiadas las causas”. (Ferrajoli, 1989, p. 589).

Es así como la legalidad del juez natural está vinculado con la jurisdicción, como lo manifiesta Brieskorn, quien considera que “El principio del juez legal, su designación previa, es una de las normas básicas de un procedimiento judicial digno del hombre (...) Se hace justicia al caso, cuando los ordenamientos procesales han sido fijados previamente y previamente [sic] han sido instituidas las personas”. (Brieskorn, 1993, p. 162).

En la presente investigación, que se delimita en la investigación previa, el juez conoce a partir de la solicitud del fiscal de formular cargos en contra del sospechoso, toda vez que ha reunido los elementos de convicción suficientes para esto, por lo que el juez de garantías penales es quien debe garantizar los derechos del sospechoso, a fin de que este cuente con una defensa técnica que lo proteja desde la audiencia de formulación de cargos hasta que obtenga una sentencia ratificatoria de inocencia o condenatoria, según los elementos de descargo presentados a él que lo llevarán al convencimiento de la verdad, y según la estrategia de su defensa, con el fin de proteger los intereses del sospechoso.

De igual forma, este juez es quién controlará y tutelaré todas las garantías del debido proceso, a fin de que en audiencia preparatoria de juicio, no se manifiesten vicios del procedimiento. El juez de garantías penales en la investigación previa, es quien autoriza también la realización de una serie de diligencias que puede llevar a cabo el fiscal, a fin de esclarecer los hechos investigados.

2.2.1.2. El rol del Fiscal.

El fiscal debe ser entendido desde el punto inicial como parte del Estado, mismo que es una organización política y social, en el cual su representante es el Ministerio Fiscal, actualmente denominado Fiscalía General del Estado, quien ejercía la vindicta pública, como persecución de las acciones delincuenciales a nombre de los ciudadanos, quienes se consideraban víctimas.

En la actualidad el *Ius Puniendi*, le corresponde a la Fiscalía, con sujeción a los principios limitadores del derecho penal, como son contradicción, imparcialidad, objetividad, oralidad, publicidad, entre otros, y bajo el manto garantista se debe limitar el poder punitivo del Estado, como son en primera instancia la legalidad, taxatividad y culpabilidad.

Es relevante, definir al fiscal dentro del sistema inquisitivo, mismo que tuvo transcendencia en el proceso penal, en este el fiscal daba un aspecto de figura decorativa, el rol de investigador y de juzgador recaía en la figura del juez penal, tal como lo refiere el autor Levene, “si las tres funciones se concentran en manos de una sola persona u órgano, el juez, el proceso será inquisitivo”. (Levene, 2007, p. 105).

De forma cronológica, se indica que, desde el Código de Procedimiento Penal, publicado en el Registro Oficial de 13 de enero de 2000 y vigente desde el 13 de julio de 2001, se incorporó el sistema procesal acusatorio oral, lo que deja atrás al sistema inquisitivo burocrático, lento e ineficaz, así entró en vigor un sistema garantista de los derechos constitucionales en Ecuador.

En el sistema antes mencionado, el rol del fiscal es transcendental tal como se describe el imperio constitucional, este ya sea en la investigación previa como en el proceso penal, de oficio o a petición de parte dirigirá la investigación con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, y acusará cuando haya recabado todos los elementos de cargos a los presuntos infractores ante el juez competente, o caso contrario se reúne los elementos que sirvan para archivar la investigación. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Además, se debe indicar que el principio de objetividad que rige a la actuación del fiscal en el sistema oral acusatorio, uno de sus orígenes es el VIII Congreso de las Naciones Unidas realizado en La Habana, en el cual se manifiesta que “Los Fiscales en el cumplimiento de sus funciones, actuarán con objetividad, teniendo en cuenta la situación del sospechoso o procesado y de la víctima, prestando atención a todas las circunstancias, así sean ventajosas o desventajosas para el sospechoso”. (VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, 1990, p. s/n).

El principio de objetividad se encuentra recogido en la normativa penal ecuatoriana, en su Art. 5 que refiere a los principios rectores del proceso penal e indica que el fiscal debe ser objetivo en su actuación, debe respetar la ley y los derechos de las personas. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Así mismo el principio de mínima intervención penal, se encuentra en el Art. 3 de la norma en especie, este se concibe como el último instrumento para proteger los bienes jurídicos y a las personas establecidos en la norma suprema, siempre y cuando no haya otros mecanismos extrapenales, por lo que también se denomina a la actuación del fiscal como de *última ratio*. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Entonces la figura del fiscal en el sistema acusatorio oral es el de titular de la acción penal pública, quien debe de precautelar los derechos inherentes de la víctima, proteger su derecho a la defensa y a no ser revictimizada, porque la Constitución de la República del

Ecuador tutela bajo una protección especial, de cualquier amenaza o intimidación, por lo que dentro de los procesos penales y dentro de la sanción, se establece la reparación integral a la víctima, sea persona natural o jurídica, misma que es sujeto de derechos, de conformidad con el artículo 441 de la norma penal.

En el caso que nos ocupa, el rol del fiscal dentro de la fase pre procesal y en sus atribuciones establecidas tanto en la norma suprema como en la penal, se establece que la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Así mismo el fiscal y su equipo de trabajo, deberá recibir las denuncias orales o escritas de las víctimas, realizar todo tipo de pericias de reconocimiento del lugar y evidencias, receptar versiones de todas las personas que tengan conocimiento de los hechos denunciados, formular cargos y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción, archivando la investigación previa. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

En relación al rol del fiscal, el jurista ecuatoriano Zambrano, en su “Manual de Práctica Procesal”, manifiesta que erróneamente algunos juristas indican que dicho rol es acusar por acusar, sin embargo, para este autor el rol del fiscal se fundamenta en la búsqueda de la verdad, en equilibrio entre la acusación fiscal, indispensable para el proceso y la actuación del juez, por lo que Fiscalía debe cumplir con el mandato constitucional para que no se afecte la legalidad del debido proceso penal. (Zambrano Pasquel, 2009, p. 152-153).

Así mismo para el doctor Astudillo, el fiscal debe ejercer la acción penal en apego al principio de oficialidad, para que así los delitos que investiga no queden impunes, sino que de dicha investigación se recaben elementos necesarios para determinar la responsabilidad del

infractor. Esto quiere decir que el fiscal, como titular del ejercicio de la acción pública penal, es quien debe investigar de manera activa todos aquellos delitos que pongan en peligro o destruyan los bienes jurídicos protegidos por la Constitución, por tanto, el fiscal dejará de ser inquisitivo para realizar una labor más investigativa, a fin de que el proceso en el cual pretenda conseguir una pena para sancionar a un infractor se realice con respeto a los principios básicos del debido proceso. (Astudillo Orellana R., 2021).

Este rol se corresponde a quien bajo el principio de objetividad, debe realizar una investigación íntegra con suficientes elementos de convicción, para que así al momento de solicitar el inicio de la instrucción fiscal, no lo realicen por el simple hecho de acusar por acusar, esto solo conlleva el recargo procesal a los administradores de justicia, quienes a la actualidad tienen procesos más importantes, a consecuencia del alto índice delincencial que azota a la ciudad de Guayaquil. (Astudillo Orellana R., 2021).

2.2.1.3. El rol del defensor público y particular.

Para continuar con el análisis, se distingue entre la defensa material y técnica, siendo la primera la realizada por el procesado y la segunda, aquella realizada por el abogado defensor. (Encarnación-Díaz, et al., 2020, p. 533). Entonces, la defensa material es aquella que está conformada por los derechos que la normativa penal otorga al indiciado y/o procesado para que pueda enfrentarse de los cargos que le imputan; y por otro lado la defensa técnica es aquella que se realiza mediante el profesional del derecho, a fin de orientar eficazmente a la persona sospechosa y/o procesada en cada una de sus actuaciones, diligencias o alegatos dentro del proceso. Esta última, según manifiesta la jurista Pratt (2017), además de técnica debe ser adecuada, esto es que el profesional del derecho debe ser especializado al caso que patrocina.

Otra de las distintas concepciones de la defensa, se distingue entre la defensa técnica activa y pasiva, la primera es aquel ejercicio técnico, estratégico, organizado y estructural que presenta elementos de descargo para contrarrestar la teoría del fiscal frente a los hechos

investigados; la segunda, es aquella que busca como resultado la duda razonable o insuficiencia probatoria. En esta la defensa técnica niega los hechos, incluso acogiéndose al derecho constitucional de guardar silencio que tiene el imputado.

Por tanto, si el sospechoso no es notificado de la noticia criminis a fin de garantizar su derecho a la defensa o se vulnera cualquier garantía básica del debido proceso, este o cualquier rol podría solicitar la nulidad de dicho proceso, por cuanto no se aplicó la garantía del derecho a la defensa. (Quintero, 2016, p. 16).

Defensor público.

Toda vez que se ha realizado un breve análisis de las concepciones de la defensa, se explicará la distinción entre una defensa técnica, realizada por un defensor público o particular, el primero es aquel que otorga el Estado, para garantizar el derecho a la defensa y por ende el debido proceso al sospechoso. Este abogado perteneciente a la Defensoría Pública es quien debe tutelar al sospechoso durante el proceso, para que se le respeten las garantías otorgadas por las normas internacionales, la norma suprema y la norma penal ecuatoriana.

Este defensor público debe ejercer apegado a la normativa y a los principios de calidad, eficacia, eficiencia, ética, oportunidad y gratuidad de su servicio, a fin de que el justiciable conozca y se defienda de los cargos que le atribuye el fiscal, para a posterior se resuelva su situación jurídica, porque el objetivo o finalidad de este defensor es garantizar el pleno acceso a la justicia de las personas, que por su condición socioeconómica, no pueden contratar los servicios particulares de un abogado para la protección de sus derechos.

La defensoría pública se encuentra denominada por la normativa internacional como “el mecanismo que emplea el Estado con el objeto de salvaguardar los derechos de las personas procesadas que carecen de solvencia económica para contratar los servicios profesionales de un abogado (...)”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2007).

Por tanto, los defensores públicos según las normas internacionales reproducidas en la norma penal se encargan de dar patrocinio a las personas que atraviesan un proceso penal desde la investigación previa hasta la finalización, como lo establece el Art. 451 del Código Orgánico Integral Penal, sin embargo, esto se contradice con lo que indica la ley que rige a los defensores públicos, en su Art. 14 en relación al patrocinio, misma que indica “En representación del presunto infractor cuando la persona se encuentra en estado de indefensión, estado de vulnerabilidad para el acceso a la justicia, de conformidad con las definiciones establecidas en esta Ley, en todas las etapas del proceso y en situación de flagrancia”. (Ley Orgánica de la Defensoría Pública, 2021).

Lo antes mencionado, debe ser recalcado, por tanto, la presente tesis se centra en la investigación previa, por ende, se indica que el defensor público vulnera el derecho a la defensa, con su ley en especie, y no aplica lo estipulado en la Constitución, dejando en indefensión al sospechoso en la fase procesal.

Defensor Particular.

Como lo establece la normativa internacional y nacional, el derecho a la defensa se garantiza en todo el proceso penal, desde la investigación hasta el final con la sentencia, por lo que en la fase pre procesal penal se tiene como objetivo asegurar los principios procesales, y que el juzgador en la audiencia de formulación de cargos garantice que no se cometan injusticias entre las partes intervinientes, y así frenar las limitaciones del poder punitivo del Estado.

Por lo que se considera que es muy necesaria la presencia de la defensa, en este acápite se explicará en torno a la privada, misma que es la que elige el sospechoso en relación con la confianza, más no cuando se la imponen o designan, a fin de que este le asista en todas las diligencias que a posterior tendrán la calidad de prueba, en contra o favor de él, así es relevante la estrategia que tome la defensa frente a la noticia *criminis* que investiga el fiscal.

De lo expuesto, la defensa de todo ciudadano implicado en un proceso penal, sobre todo en la investigación previa, es importante y debe ser llevada a cabo por un profesional en libre ejercicio y especialista en la materia, so pena de que este ejercicio no sea adecuado lo cual ya ha conllevado a declarar nulo todo lo actuado por esta razón, por lo que este tipo de malas actuaciones será oficiado al Consejo de la Judicatura, a fin de regularlas y controlarlas.

Esta defensa particular tiene como características, que el derecho a la defensa es elegir a un abogado de su confianza, y si este deja de serlo, podrá nombrar otro defensor, o en su defecto el Juez de Garantías Penales, podrá designar un abogado público, a fin no dejar en indefensión al sospechoso. Debido a la confianza que merece este profesional del Derecho, su actuación no puede ser contraria a los intereses de su patrocinado, porque él debe protegerlos desde la investigación previa hasta obtener una sentencia ratificatoria de inocencia a favor de su patrocinado.

Así es como el autor Zapatero, concibe al abogado particular, como una figura quien garantiza la información al sospechoso, actúa como asesor de él, y no solo lo representa, sino que es un operador más de justicia, también depende de este, que la Administración de Justicia sea eficaz, oportuno y de calidad. (Zapatero, 2009, p. s/n).

Por ello cuando se inicia una investigación previa, por cualquier tipo de delito, es necesario la asistencia legal desde el primer momento, a fin de proteger los intereses del sospechoso, y que no se le restrinja ningún derecho, lo cual podría causar nulidad en cualquier momento del proceso. Por ende, todos quienes conforman la Administración de Justicia, están en la obligación de garantizar este derecho, y este derecho que refiere a la defensa técnica, como se ha indicado debe ser llevada a cabo por un profesional del derecho, quien de manera científica y técnica presentará su teoría del caso que confrontará con la acusación fiscal.

Esta teoría del caso se fundamentará en la ley, la jurisprudencia, la doctrina y la experiencia del abogado, apegado a la ética profesional, que le permitirá cumplir su misión

frente a la justicia. Acerca de este ejercicio profesional la autora Garrido manifiesta lo siguiente:

(...) el abogado no solo forma parte de la administración de justicia, sino que juega un papel básico en su desarrollo. Tiene además algunas circunstancias muy particulares; Un abogado, como miembro de una profesión jurídica, es al mismo tiempo el representante de un cliente, un operador del sistema jurídico y un ciudadano que tiene una especial responsabilidad en el mantenimiento de la calidad del sistema de justicia. (Garrido Suárez, 2012, p. 163-184).

Como ya se ha indicado en líneas que anteceden, el sospechoso que autorizó a un abogado para que este ejerza el derecho a la defensa, podrá en cualquier momento despedir o prescindir de sus servicios profesionales, para así conseguir una nueva defensa eficaz y adecuada, y así se respete el debido proceso. Por lo que queda claro, que los derechos del sospechoso son importantes desde la fase pre procesal, por lo que actuará solo en presencia de su abogado particular de confianza sino estas diligencias o declaraciones serán nulas y no podrán ser llevadas como prueba a juicio.

Por otro lado, el autor Hernández describe que “El derecho de defensa eficaz, forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho de defensa, una defensa manifiestamente ineficaz, por la mala preparación del abogado, el desinterés, o por la colusión del mismo, vulnera el contenido constitucionalmente protegido”. (Hernández Rengifo, 2012, p. s/n).

Así mismo se describe en la doctrina la llamada defensa adecuada, misma que no es más que aquella que “se relaciona con el principio de contradicción, puesto que tiene que confrontar los medios de prueba y oponerse a las peticiones y a los alegatos de la otra parte”. (Santacruz Morales & Santacruz Fernández, 2016, p. 175).

Finalmente, la responsabilidad del defensor particular es desde que asume la obligación contraída, por lo que no se puede manifestar que basta con designar y/o autorizar a un abogado, sea público o particular, sino que este debe ser un abogado titulado, eficaz y oportuno, esto es una garantía la defensa dentro del proceso y sirve para proteger los intereses de su patrocinado cuando el interés público esté en contra.

UNIDAD II: El debido proceso penal ecuatoriano

Antes de analizar el ámbito de estudio, como lo es la investigación previa, es necesario definir el debido proceso penal ecuatoriano, como lo establece y reconoce la norma suprema ecuatoriana, el Estado nos garantiza nuestros derechos fundamentales que asisten a los ciudadanos, más aún a aquellos que se encuentran inmersos en un proceso penal, mismos que han sido previamente reconocidos en los pactos, tratados y convenios internacionales que han sido ratificados y que son de cumplimiento obligatorio.

Dentro del proceso penal, se ha encontrado la necesidad de que se separen las funciones de investigar por parte y titularidad de Fiscalía, las funciones de sancionar que es competencia de los jueces, y las funciones de defender activamente que le corresponden al letrado del Derecho. Ya lo dijo el maestro Zambrano “La necesidad de juicio previo es importante para la legalidad del debido proceso, de manera que no se pueda condenar a nadie si no se ha tramitado un juicio respetando el procedimiento previo, esto es aquel previsto en las leyes”. (Zambrano Pasquel, 2005, p. 50).

El debido proceso ha sido definido también por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador en su Sentencia No. 27-2011 como un principio jurídico procesal, según el cual “toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendiente a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer sus pretensiones legítimas frente al juez”. (Sentencia No. 27-2011, 2011). Es así como dentro de

todos los procesos, deben los administradores de Justicia garantizar el cumplimiento de los principios y garantías básicas del debido proceso, siendo importante en nuestra tesis, la denominada garantía del derecho a la defensa.

Así mismo el jurista Zavala, define al proceso penal como una institución jurídica única, idéntica, íntegra y legal, que sustancia o conoce un injusto penal, por lo que de este proceso surge una relación entre los sujetos procesales, bajo el debido proceso con el fin de sancionar mediante una pena impuesta al procesado. (Zavala Baquerizo, 2002, p. 51).

Tanto es así que, en la actual Constitución del Ecuador, se establece en su artículo 76 numeral 7 que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluye dentro de las garantías básicas, el derecho de las personas a la defensa, objeto de estudio de esta tesis.

2.2.2.1. La investigación previa en el proceso penal ecuatoriano.

La fase pre procesal se inicia en el proceso penal ecuatoriano, mediante denuncia, informes de control, providencias judiciales e informe de la Contraloría General del Estado, mismas que serán parte de los elementos de convicción que deberá reunir fiscalía para a posterior formular cargos al investigado.

Esta investigación previa es de carácter reservado, a fin de no perder la objetividad, sin embargo, no es reservada para los sujetos intervinientes, para así asegurar el derecho a la defensa de aquellos. Así mismo se considera como reservada a la investigación, porque las diligencias que se realizan se hacen de forma discreta sin dar a conocer aún lo obtenido o no, por ello esto es solo responsabilidad del titular del ejercicio de la acción pública penal.

El fiscal Astudillo, indicó que la investigación previa tiene carácter de reservada porque:

(...) se trata de evitar lo mediático dentro de las causas, ya que como se ha podido avistar los medios de comunicación y/o electrónicos tienen una gran influencia en la

ciudadanía distraendo a la sociedad de la realidad y adjudicando culpables desde un primer momento, sin los elementos ni la sentencia necesaria expuesta, lo que en la actualidad se lo conoce como el populismo penal (...). (Astudillo Orellana R., 2021, p. 64).

Ahora bien, la investigación previa es realizada por el fiscal en conjunto con el Sistema Especializado Integral de Investigación, Medicina Legal y Ciencias Forenses, a fin de recabar indicios suficientes para esclarecer los hechos denunciados y posterior solicitar formulación de cargos al investigado, sino el fiscal no cuenta con suficientes elementos, de cargo y descargo, esta investigación finalizará con un archivo, por causas como: no constituye delito la denuncia, han precluido los plazos de la investigación, no se han reunido elementos suficientes de convicción.

Dentro de las diligencias realizadas por parte de la Fiscalía, es importante la intervención del defensor del investigado, a fin de que solicite actos de investigación, mismos que son agregados al expediente fiscal, porque estos conducirán al esclarecimiento de los hechos y que serán ofrecidos como medios de prueba en el momento procesal oportuno, considerados como elementos de descargo a favor del investigado.

Finalmente, la investigación previa que luego conllevará un proceso, en el cual el fiscal, en su rol investigador, una vez que tenga la certeza y los indicios suficientes, solicitará pasar a la etapa de instrucción, caso contrario podrá solicitar el archivo en apego al principio de objetividad y de mínima intervención penal.

Para analizar la problemática planteada se debe explicar cómo son los sistemas acusatorios estadounidense y alemán en comparación al sistema ecuatoriano, a fin de contrastar las diferentes diligencias, límites y control de los sujetos procesales, y el rol de la defensa en la fase pre procesal penal de estos dos sistemas antes mencionados, a continuación, el análisis en el derecho comparado.

2.2.2.2. La investigación previa en el derecho comparado.

La investigación previa en el proceso penal estadounidense.

En el sistema penal de Estados Unidos, su constitución política es el instrumento jurídico más importante para dicho país y es la norma suprema que rige al Estado, sus instituciones y a sus ciudadanos. En dicha norma, se establecen los derechos que tutelan a los ciudadanos en todos los procedimientos de los casos penales tanto estatales como federales; derechos como guardar silencio, tener un abogado que lo represente y se encuentre presente en el interrogatorio, tener pruebas suficientes para que el ciudadano sea detenido, tener un juicio por jurado, derechos que fueron reconocidos a partir de la sentencia del caso *Miranda Vs. Arizona*. Dicho sistema forma parte del denominado *Common Law*.

De lo antes mencionado, cabe destacar la importancia que tiene el contenido específico de los derechos procesales penales, por tanto, se denota que las interpretaciones judiciales de la Constitución realizadas por la Corte Suprema de Estados Unidos son relevantes y que la misma norma suprema, como en el caso *Marbury vs. Madison*, en el cual se especificaron los derechos procesales penales más a fondo. (Cassel, 2005, p. 351).

Para continuar con el análisis, se define el sistema jurídico en Estados Unidos, en donde coexisten un sistema federal y otro el de los demás estados y/o estatal, en el primero, los jueces federales son de alto prestigio y fama, son elegidos por el Gobierno entre los mejores “*lawyers*” y tienen nombramiento vitalicio; los segundos, son los jueces estatales, quienes son elegidos por sufragio universal directo, y quienes además necesitan la aprobación de la Asociación de juristas del Estado. (Torres Zárate, 2008, p. 93).

Dicho sistema norteamericano, es un sistema acusatorio adversarial, en donde estos jueces de alto renombre deben garantizar los derechos constitucionales y procesales penales, en aplicación del principio de contradicción, igualdad de partes, mismos jueces que controlan el ejercicio decisorio de los jurados, mismos que han sido elegidos democráticamente. Así

mismo, los jueces tienen un alto control y limitan el poder punitivo estatal, tanto en la investigación como durante el proceso, debido a lo mencionado por distintos autores, que el aparato estatal tiene mayor poder y recursos para realizar una investigación previa o preliminar, lo que deja en desventaja al investigado, por lo que los jueces deben vigilar y controlar desde un punto de vista de respeto de los derechos humanos en las contiendas legales.

A continuación el análisis de los sujetos procesales dentro del sistema acusatorio adversarial norteamericano, ahora la autora se referirá a los fiscales, que se distinguen en fiscales federales, que reciben y supervisan las actividades del FBI (*Federal Bureau of Investigation*), y de los demás cuerpos policías en materia de narcóticos, alcohol, aduanas, inmigración, entre otros; por otro lado, los fiscales estatales, que realizan su investigación coadyuvada por los policías locales y estatales. Se recalca que los fiscales, sean federales o estatales, tienen la titularidad y exclusividad del inicio de la acción penal y su persecución.

En el sistema norteamericano, el juicio inicia con una audiencia, misma que se basa en los principios de publicidad, oralidad e inmediación de los sujetos procesales. Las fases pre procesales se limitan en la investigación, bajo el control del juez sobre la legalidad de la investigación por el fiscal o por la policía, a fin de que se garantice los derechos del procesado. En el mencionado sistema, existe un control difuso, por lo que todo juez puede analizar y resolver sobre la constitucionalidad de un acto del proceso penal.

Así mismo en el proceso penal norteamericano participan el juez, el relator, el fiscal y el jurado de primera instancia, una vez que la persona es aprehendida, se la deberá presentar ante un juez, quien decidirá sobre su libertad y si debe pagar fianza, para obtener su libertad dependiendo de la gravedad de la infracción penal. En esta primera situación, si el aprehendido no tiene dinero para pagar un abogado, el Estado le otorgará a uno, a fin de que se presente a la audiencia preliminar o interrogatorio, en donde se analizará la materialidad de la infracción,

la responsabilidad y la autoría del capturado, dependiendo del Estado, el fiscal federal o estatal terminará dicha audiencia con su acusación formal.

A posterior, el acusado asistirá a audiencia de formulación de cargos, para ser informado de los cargos que existen contra él, siendo este momento procesal donde el acusado puede declararse culpable o no; en este segundo caso el acusado se someterá a una audiencia, en la cual se realizará el interrogatorio y conainterrogatorio, y se le tomará testimonio al procesado, así mismo la fiscalía presentará su teoría del caso, que deberá ir más allá de toda duda razonable, dicha audiencia terminará con la sentencia absolutorio o condenatoria.

Es importante destacar lo manifestado por Schünemann en relación a la marcha triunfal del procedimiento penal norteamericano en el mundo, esto es que, debido a la globalización, este sistema se extendió por el continente europeo, y por América Latina a raíz del fenómeno de la globalización; dicho autor señala que la institución que más se impone en dicho fenómeno de globalización “es el procedimiento estadounidense: el *plea bargaining*”, como un beneficio, rebaja o acuerdo de sentencia para aquellos acusados que se declaren culpables. (Schünemann, 2007, p. s/n).

En el caso que nos ocupa en la presente tesis, que es la investigación previa misma que es conocida por un subfiscal, quien determinará si existen pruebas y si lo manifestado por el acusador es suficiente para llevar a esta persona ante un jurado de acusación, encargado de determinar si se ordena el arresto (acusación formal). Es así como si este subfiscal, determina suficiente probatoria y urgencia, se dirigirá hacia el juez quien analizará y tomará la decisión de expedir o no la orden de arresto.

Dentro de la investigación previa en el sistema norteamericano, la defensa técnica es activa, debe reconstruir los hechos y plantear una teoría de defensa que convenza al jurado, así el acusado haya confesado los hechos, eso no es prueba suficiente, sino que la fiscalía, con su rol de investigación, debe aportar los elementos suficientes a la investigación. Así mismo en

esta fase pre procesal, todas las diligencias investigativas tienen que ser realizadas con la presencia del investigado y su abogado, mismas que serán presentadas por el fiscal (quien mantiene la carga de la prueba) al tribunal imparcial e independiente, para que, bajo los principios básicos del debido proceso y los derechos fundamentales, se decida de lo que se ha realizado en la investigación.

Dentro del proceso penal, es importante concluir, indicar que en la investigación se garantizarán los derechos del acusado, como sujeto activo más no objeto pasivo, quien podrá en audiencia oral, pública y abierta, introducir declaraciones voluntarias de culpabilidad o negociar las penas, por el procedimiento denominado *plea bargaining*. Por tanto, el ejercicio de la defensa no es más que una actividad que contribuye a hacer respetar el derecho del imputado a la tutela de su libertad dentro de un proceso penal y así evitar se vulnere el mismo su derecho.

La investigación previa en el proceso penal alemán.

La ley procesal penal (StPO) que se ocupa del derecho penal formal, mismo que prescribe las formas de averiguar el delito y regula el desarrollo del proceso desde la denuncia (*anzeige*) hasta la ejecución (*strafvollstreckung*), sin embargo, las disposiciones principales se encuentran en la Ley orgánica del poder judicial, normativa que establece la competencia por materia, la constitución y composición del tribunal y la organización de la Fiscalía del Estado. Dentro de este derecho procesal penal, se limita el poder punitivo del Estado, por medio de la presunción de inocencia frente a la culpabilidad del ciudadano, quien tiene tutelados algunos derechos como, estar asistido jurídicamente en todas las actividades investigativas y, sobre todo, proteger totalmente al individuo ante cualquier abuso por parte de los órganos encargados de perseguir el delito.

Es importante determinar que los jueces, se encuentran clasificados en federales y magistrados, estos últimos son los que conforman el Tribunal Superior Supremo, la Corte

Federal de Asuntos de Seguridad Social, el Tribunal Contencioso-Administrativo Federal, el Tribunal Federal Fiscal y la Corte Federal de Trabajo, pero no el Tribunal Constitucional Federal y son elegidos por la Comisión de elección judicial, mientras que los primeros son elegidos en aplicación al principio de la “selección de los mejores”.

Ahora bien, el autor español Gómez Colomer (2017), en su traducción de la doctrina del jurista Roxin, determina la clasificación de los siete libros que conforman la StPO, siendo materia de la presente tesis la investigación previa, misma que se encuentra en la primera parte del segundo libro del cuerpo de ley antes invocado, denominado procedimiento preliminar. Esta fase del proceso penal establece que el ministerio fiscal es quien debe investigar las circunstancias del delito, y para ello, debe realizar interrogatorio, pericias, todo lo necesario para el esclarecimiento de los hechos denunciados.

Dicho fiscal debe no solo investigar los elementos de cargo sino los de descargo, en aplicación al principio de objetividad y coadyuvado de los demás órganos estatales, como la policía. Este cuerpo auxiliar del Ministerio Fiscal, además de realizar las actividades dispuestas por él, debe perseguir de primera mano y sin iniciativa del fiscal, el delito como primera actividad, sin demora, para lo cual una vez realizado aquello, le dé a conocer a fiscalía para que inicie el procedimiento preliminar.

El autor Ambos indica que el procedimiento normal se divide en un procedimiento instructorio fiscal y un procedimiento judicial (principio acusatorio), dentro del cual se distingue entre el procedimiento intermedio y principal con vista de causa. (Ambos, 1997, p. 315).

De lo expuesto, en la investigación previa o como se la ha denominado en el derecho alemán, el procedimiento preliminar, la fiscalía es ayudada también por el juez de la investigación, quien hará conocer al individuo investigado sus derechos y lo someterá a un interrogatorio judicial, de manera independiente e imparcial, a fin de dictar medidas

coercitivas, como la prisión preventiva denominada en nuestro ordenamiento jurídico ecuatoriano.

En el procedimiento preliminar, la dirección no es del juez, sino del fiscal, sin embargo, este último debe solicitar autorización al juez, a fin de realizar algunas actividades, como la detención, el embargo, pericias corporales, entre otros. Toda vez que el fiscal haya recabado los suficientes elementos de apoyo a su acusación fiscal, puede hacer conocer al tribunal competente sobre su acusación con base a sus investigaciones, o como segunda opción puede archivar la causa para lo cual, el ofendido puede negarse y solicitar una decisión judicial, también denominado procedimiento para formar la acción. Si existe acusación fiscal, se da por terminado el procedimiento preliminar para empezar el intermedio. (Roxin, 2017, p. 620-621).

La ley procesal penal alemana mantiene un respeto total a las garantías constitucionales del inculpado, desde la promulgación de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, incluyéndose la protección de la dignidad humana; una de las reformas más importantes de la StPO, es la reelaboración del derecho de prisión provisional, la garantía de la defensa técnica desde la autorización para revisar los autos hasta el derecho a comunicarse con su patrocinado, asesorándolo en su derecho a negarse a declarar, entre otros.

Sin embargo, la protección jurídica del individuo debe ser en un plazo adecuado o razonable, el derecho procesal penal alemán en principio no ofrece esta protección, en el caso de la celebración de acuerdo entre la justicia y la defensa, no permite que el investigado hable, sino que solo recibe información a través de su defensa técnica, convirtiéndolo en el objeto de la investigación.

Así es como el imputado tiene derecho a la defensa, pero no se indica claramente a partir de qué momento ni cuáles son las garantías básicas para este derecho, y tampoco se garantiza una defensa adecuada y completa. Lo antes indicado es debido a que el imputado,

tiene derecho de participación e información del expediente de investigación, así como derecho de defensa, sin embargo, queda a decisión del fiscal, quien puede declarar ciertas investigaciones reservadas, dar a conocer la formulación de la instrucción posterior al investigado, quien de no conocer los cargos que le imputan no podrá por medio de sus abogados defenderse.

En este sentido, es importante que la fiscalía si le informe al inculpado cuál es la acusación que se dirige contra él, para que, por medio de su abogado, decidir si declarar sobre los hechos o acogerse al derecho al silencio. Y no solo sobre la teoría fáctica, sino también sobre las disposiciones penales que se le pueden imponer por el hecho investigado. Durante la investigación, en el primer interrogatorio, se le debe indicar el delito por el que se le acusa y los hechos, a fin de que, si el inculpado decide declarar, no llega a inculparse por error o desconocimiento de los hechos.

En el Código de Procedimiento Penal, que rige a Alemania, se distinguen dos tipos de defensa: voluntaria y necesaria; siendo la primera de estas, aquella en la cual el investigado no tiene la obligación de contratar un abogado, y la segunda, nos habla de una defensa necesaria, indispensable en casos por crímenes, cuando le dicta al inculpado prisión preventiva, o por la dificultad o gravedad del caso, por lo que se requiere la defensa técnica en la investigación, incluso cuando es solicitado por el fiscal por la gravedad del caso, porque esto garantiza la protección necesaria en las diligencias que a posterior se convertirán en pruebas en audiencia de juicio.

Cuando nos referimos a la defensa necesaria, no se dice que sean los defensores públicos, quienes, en algunas ocasiones con el fin de no dejar en indefensión al investigado, es designado por el Estado. Pero si el inculpado escoge a su defensor, existe la distinción de abogado público (de oficio) o privado (escogido), este último en Alemania puede ser abogados registrados tanto en Alemania Federal como profesores de derechos alemanes, sin límite

regional. Al abogado escogido se le permite defender al inculcado en la investigación, y estar presente en las diligencias de toma de declaración ante la policía y fiscalía. Así mismo, si el abogado escogido pierde la confianza de su patrocinado, este puede solicitar un abogado de oficio, a fin de no quedar en indefensión y que este garantice una defensa adecuada.

La defensa técnica y su estrategia fue descrito por el autor Eser, quien indica que “(...) no basta solamente comprobar que tiene derecho a valerse de la asistencia de un defensor; la cuestión dependerá decididamente de las facultades que se otorguen al defensor para garantizar los derechos del inculcado de modo efectivo”. (Eser, 1987, p. 11).

Lo que nos conlleva a determinar que durante la investigación, estos derechos de presencia y defensa del abogado no son del todo efectivos y son limitados, aunque se le deje presenciar la declaración judicial inicial y estar en la inspección ocular, como ya se ha explicado en la tesis el derecho a la defensa es amplio, y lo que se busca en este sistema procesal penal alemán es que en la investigación no se manifieste que el inculcado quedo en indefensión, o se autoincurrió por falta de defensa, en otras diligencias, como las declaraciones de los testigos y peritos, no permiten estar al abogado escogido.

Es así como el trabajo del defensor en la investigación queda limitado a realizar sus propias averiguaciones, visitar el lugar de los hechos a fin de sacar sus propias conclusiones, manejar sus elementos de descargo, a fin de que con todo esto y con la revisión de las piezas pre procesales, presente sus argumentos y alegatos como estrategia de defensa, para proteger los intereses de su patrocinado.

2.2.2.3. La investigación previa en el derecho comparado frente a la normativa penal ecuatoriana.

Dentro del análisis comparativo entre los sistemas procesales establecidos en el derecho comparado que antecedió, se indica que el sistema oral acusatorio ecuatoriano, tiene una serie de semejanzas, sobre todo en la protección de los derechos y garantías de los procesados, dicha

tutela emana de la suscripción de los tratados internacionales de derechos humanos que ha suscrito y ratificado nuestro país.

Como primer punto, se encuentra el rol del juez en el sistema norteamericano, en el cual existen jueces federales y estatales, mismos que son de jerarquía superior debido a su prestigio y fama, los estatales serían jueces ordinarios. Siguiendo casi el mismo método de elección, en Alemania, existen jueces federales y magistrados. Es así como la clasificación de los jueces se asemeja a la que se establece en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, debido a nuestra carta magna, mediante la cual se ha reconocido a los órganos jurisdiccionales, encargados de administrar justicia, a los siguientes: jueces de la Corte Nacional de Justicia, de las cortes provinciales de justicia, de los tribunales y juzgados, y a los de los juzgados de paz. Los jueces se organizarán en salas especializadas por materia (penal, no penal, laboral, familia, etc.).

Como segundo punto, los fiscales norteamericanos, quienes de igual forma se encuentran clasificados en federales y estatales, siendo los primeros los que realizan las actividades de investigación, mientras que los estatales son de menos relevancias, pero ambos tienen la titularidad del ejercicio de la acción penal; al igual que los fiscales alemanes, que se encuentran organizados jerárquicamente, dado que el Ministerio Fiscal cuenta con fiscalías en los tribunales regionales de lo civil y penal (*Landgerichte*), los tribunales superiores regionales de lo civil y penal (*Oberlandesgerichte*) y el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal (*Bundesgerichtshof*).

En la normativa suprema ecuatoriana, se reconocía al Fiscal General del Estado, como máxima autoridad del órgano persecutor del Estado, mismo que cuenta con una serie de fiscales especializados según los delitos que investigan, por ejemplo, hay fiscales de tránsito, de violencia de género, de administración pública, entre otros. En todos los sistemas antes

mencionados, los titulares de la acción penal y quienes persiguen los delitos, son los fiscales con ayuda de sus cuerpos auxiliares, tales como policías o peritos especializados.

Ahora bien, se analiza la investigación previa y/o fase pre procesal penal, cuando se encuentra un aprehendido siempre se lo va a llevar frente a un juzgador competente, quien le hará conocer las razones de su captura y los derechos constitucionales que le asisten, tales como el derecho a la defensa (si no tiene dinero, le otorgan un defensor público) y tendrá derecho a hablar si es su decisión, igual que acogerse a su derecho a guardar silencio. Y en el caso particular del sistema penal norteamericano, en este momento procesal, el juez puede decidir sobre la libertad del aprehendido, por lo que fijará una fianza, que una vez pagada le otorga la libertad al capturado.

Toda vez que se ha analizado la legalidad de la aprehensión de las capturas de los ciudadanos, en el proceso penal norteamericano, alemán y ecuatoriano, a posterior se le dará a conocer los cargos imputados por fiscalía en audiencia, y en el caso de insuficiencia de elementos de cargos, los fiscales tienen la opción de archivar. En el caso ecuatoriano y norteamericano, tienen la opción de “declararse culpables” y en el caso específico ecuatoriano, acogerse al procedimiento abreviado, que si bien es cierto no se declara culpable, sino que admite el hecho que se le atribuye por parte de fiscalía. Así mismo, el caso alemán y ecuatoriano tienen similitud al ofrecer al procesado una solución breve a su conflicto, como lo es el procedimiento antes mencionado, y que en Norteamérica se denomina como “*plea barining*”.

Como conclusión, se indica que dentro de la fase pre procesal norteamericana, alemana y ecuatoriana, es relevante la tutela a las garantías del debido proceso, en especial la protección que se le da al derecho a la defensa, esto es el derecho que tiene el aprehendido a no declarar sin la presencia o sin haberse comunicado con su abogado, a ser leído y haber sido informado de sus derechos constitucionales, para ser juzgado por un juez competente, derechos que han

sido reconocidos tanto internacionalmente como en las normativas internas de los países analizados.

UNIDAD III: La defensa técnica como derecho

A nivel mundial existen tratados y convenios internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos incluye al derecho a la defensa como derecho inherente al ser humano; en razón de ello, nadie puede ser juzgado ni castigado sin antes ser escuchado por la autoridad competente; empero, como ya lo se ha indicado en líneas que anteceden el derecho a la defensa, solo era reconocido en el juzgamiento; es así que tenía varias restricciones, como consecuencia de esto se daban varias vulneraciones de derechos, como en el caso que nos ocupa, esto es la fase pre procesal penal. (Declaración Universal de los Derechos Humanos, 1948, p. s/n).

También la Convención Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece en su artículo 8 numeral 2 inciso d) “el derecho de toda persona a defenderse personalmente o por medio de la asistencia de un abogado a su elección, con quien podrá comunicarse libre y privadamente”. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, p. s/n).

Por tanto, el instrumento internacional mencionado y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ayudan a la prevalencia de una serie de requerimientos preexistentes, mismos con lo que de no existir no habría un desarrollo de una defensa efectiva, como es la comunicación libre y sin obstrucciones entre el inculpado y su abogado, el acceso del defensor al expediente y a todos los medios necesarios para la elaboración de la defensa; y como derechos adicionales: el derecho a intervenir en la prueba; a contradecir la prueba de cargo y a presentar pruebas de descargo. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, p. s/n).

Mismos instrumentos que han sido firmados y ratificados por varios países, para la garantía de la defensa de los derechos de un denunciado desde el inicio de la fase pre procesal hasta la etapa de impugnación, por ende, se convierte en garantía para el imputado, quien cuenta con una asistencia jurídica estatal gratuita sino puede pagar una con sus propios recursos.

Ut supra, se evidencia que en los tratados internacionales se determina el derecho del inculcado a contar con un abogado para asegurar su derecho a la defensa frente al Estado, quien, a través de la Fiscalía en Ecuador, tiene la facultad de investigar y solicitar sanciones en los casos que amerite, dado que la Constitución actual recogió en su Art. 76 que en todo proceso se garantizará el derecho al debido proceso que incluirá el derecho a la defensa, mismo que se ejercerá en igualdad de condiciones con los otros sujetos procesales.

Por ello la norma penal ecuatoriana, en su capítulo referente a la defensa, establece la necesidad de un defensor, sea público o privado, debido a ello se indica que el derecho a la asistencia letrada se encuentra la denominada defensa técnica, quien realizará un trabajo técnico desde la fase pre procesal hasta el proceso penal y su impugnación, debido a que el sujeto activo desconoce las técnicas del litigio penal y es su defensor quien garantizara el principio de igualdad procesal.

Se continúa con el análisis jerárquicamente de las normas, el Código Orgánico Integral Penal (2014) distingue entre la defensa privada y pública, esta última a manos de la Defensoría Pública en su Art. 451, quienes garantizarán el pleno e igual acceso a la justicia de las personas, que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no pueden contratar los servicios de una defensa legal privada, para la protección de sus derechos.

Es así como el derecho a la defensa, es considerado como un derecho fundamental y debe ser garantizado por el Juez dentro del proceso penal, por ello la defensa del procesado, como estrategia y con todas las diligencias que se practican tanto en la investigación previa como en la instrucción fiscal, el defensor tiene el deber de acreditar la inocencia o cualquier

circunstancia atenuante o excluyente de su patrocinado, tanto es así su ejercicio profesional en el proceso penal, determinar que las razones fácticas y jurídicas presentadas por el tribunal, le otorguen una sentencia favorable según su postura de defensa practicada. (Maier, 1996, p. 547).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, explicó que:

Nombrar a un defensor de oficio con el solo objeto de cumplir con una formalidad procesal equivaldría a no contar con defensa técnica, por lo que es imperante que dicho defensor actúe de manera diligente con el fin de proteger las garantías procesales del acusado y evite así que sus derechos se vean lesionados y se quebrante la relación de confianza. (Sentencia Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador, 2015, p. 157).

Es así como se considera a la defensa como derecho, y esta exige calidad de los servicios profesionales de los abogados, a fin de asegurar el ejercicio de este derecho en el debido proceso.

Es por ello que la defensa, debe ser practicada dentro del proceso penal, en todas las fases y etapas del mismo, a fin de garantizar que el patrocinado, sea oído, que entienda el lenguaje en el cual le hacen conocer de que se lo investiga o procesa, que le den libertad para presentar pruebas de descargo frente a la acusación fiscal, tiene derecho así mismo a acceder al expediente fiscal, a acogerse al derecho a guardar silencio, si así lo decide su abogado, el derecho a la defensa se considera un derecho fundamental por lo cual engloba una serie de garantías a fin de ejecutarlo frente al aparataje judicial, que cuenta con todas las armas para destruir la presunción de inocencia de la cual goza cualquier ciudadano.

2.2.3.1. La conceptualización del derecho de la defensa técnica.

El derecho a la defensa, de manera literaria fue definido por el autor Zavala como “el escudo de la libertad, el amparo del honor y la protección de la inocencia”, (Zavala Baquerizo, 2002); otra definición es la que nos da jurista ecuatoriano Zambrano, quien indica que “el

abogado no opacará la intervención del imputado en casos de ser solicitada, incluso tiene el derecho de hacer cuantas veces sea necesario el cambio de su defensor previo poder judicial o notificación al último defensor”. (Zambrano Pasquel, 2011, p. 41).

El derecho a la defensa también fue definido por el jurista Caro como aquel que le asiste a todo ciudadano, cuando este tenga interés directo en un proceso penal, a fin de comparecer ante los jueces en todo momento procesal, y que se le tutele el derecho a la defensa en protección de sus intereses. (Caro Coria, 2006, p. s/n).

Es así como para aplicar cualquier tipo de defensa “se debe permitir que desde el inicio de una investigación el acusado pueda enterarse de las causas y del por qué se le acusa y evitar cualquier tipo de disturbios violatorios y cumplir con las garantías constitucionales del debido proceso” (Zavala, 2016, p. 45).

Un concepto más histórico y generalizado, lo da el autor Jauchen quien indica que “El derecho a la defensa es adquirido de manera natural y es más antiguo que todas las leyes humanas, la naturaleza enseña al ser humano a buscar ayuda cuando este se cree incapaz de defenderse así mismo”. (Jauchen E. , 2014).

2.2.3.2. Las modalidades de la defensa en el proceso penal.

Dentro de la fase pre procesal o proceso penal donde se ejerce la defensa técnica, está siempre debe aportar elementos de descargo frente a la acusación fiscal, por ello la defensa técnica debe ser interdependiente, idónea, basada en la ética, probidad, e intelecto del defensor sea público o privado, y así aplicar todo su conocimiento y habilidades a favor de su patrocinado. Caso contrario, “el nombramiento de un Abogado no asegura, por sí mismo, la efectividad de la asistencia que puede proporcionar al acusado”, esto manifestado por los juristas Sendra y Doig quienes comentan la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Imboscia. (Sendra y Doig , 2010, p. 119).

El hecho de haber nombrado a un abogado patrocinador dentro de una causa, o que este haya asignado por el Estado, por falta de recursos económicos de un procesado, hace que el derecho de la defensa sea vulnerado en algunas ocasiones. Esta problemática jurídica se resolvió en la Sentencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana No. 2195-19-EP/21, que tiene como análisis el derecho a la defensa en el Caso Garantía de la Defensa Técnica y Actividad de los Juzgadores y Juzgadoras, en la que se indica en su parte pertinente que:

La supervisión de la debida diligencia con la que interviene un defensor técnico no debe confiarse exclusivamente al procesado, en aras de garantizarle un juicio respetuoso del derecho a la defensa. Por lo tanto, cuando se presenta una manifiesta negligencia por parte del defensor técnico, es el juez o tribunal de la causa el que debe impedir una inminente violación al derecho a la defensa del procesado. (Sentencia No. 2195-19-EP/21, 2021, p. 12).

Es así, como la justicia ecuatoriana, ha establecido que los juzgadores, cumpliendo con su rol garantista, deben de supervigilar el proceso y el cumplimiento de las garantías básicas del mismo, como es el derecho a la defensa tal como lo indicó Carbonell (2014) que es un derecho de la persona detenida, imputada, acusada o sentenciada en el sistema acusatorio y que esto no es solo responsabilidad del procesado, por cuanto un ciudadano común desconoce del derecho y así mismo, desconoce de las habilidades del abogado, más aún cuando es impuesto por mandato constitucional.

Ahora bien, dentro de las modalidades de la defensa es importante citar a la jurista peruana Doig, quien en su obra "*La estrategia de defensa del investigado y sus consecuencias en el proceso penal*", distingue y determina cinco conductas y/o modalidades de la defensa técnica del procesado en un litigio. (Doig Díaz, 2021, p. 188-205).

La primera de estas es plantear una versión exculpatória, mediante la cual narrará un relato alternativo al realizado por la acusación, por lo que se presentarán alegatos y pruebas de

descargo a su favor, que justifiquen lo narrado por él, por lo que se ejercería una defensa técnica activa a fin de demostrar su inocencia.

La segunda conducta de la defensa técnica se configura en negar los hechos por parte del imputado, sin dar explicación alguna, siendo esta actitud no sancionada negativamente por el juzgador. Se trata de una modalidad de la defensa pasiva, que tiene como esencia la presunción de inocencia, de este modo él no debe probar su inocencia, sino que el fiscal debe probar la acusación contra el incoado, construyendo una teoría del caso con suficientes elementos de cargos que conlleven al convencimiento del juez.

La tercera conducta del procesado, como sugerencia del defensor, podría ser la de declarar y confesar los hechos, esto se puede hacer en la fase pre procesal, solo su ratificación en el proceso penal serviría como prueba, al alcanzar el valor de prueba de cargo, siempre que se haga en audiencia de juzgamiento. En el caso de la normativa ecuatoriana, se establece el procedimiento abreviado, en el cual el procesado se declara culpable del hecho que se le atribuye y, por tanto, se abre la posibilidad de alcanzar un acuerdo con el fiscal, que debe ser aprobado por el juez, para llegar a un acuerdo de la sanción.

Como cuarta modalidad del acusado, por consejo o sugerencia de su abogado patrocinador, sería acogerse a su derecho constitucional a guardar silencio, misma decisión que no puede cuestionarse ni por el fiscal ni por el juzgador, por tanto, el acusado es inocente hasta que tenga una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra.

Como quinta y última modalidad de la defensa del sospechoso y/o procesado, la mentira, misma que es admitida como una regla de su defensa, pero que de ser comprobada puede ser desfavorable a este y puede acarrear el inicio de la investigación de otro delito, como es fraude procesal en la normativa penal ecuatoriana. Esta alternativa reconoce a la mentira como uno de los contenidos que puede dar el encausado, como derecho a su defensa y no

declarar contra sí mismo, mismo relato falso que puede ir en su contra como prueba de cargo de parte de fiscalía.

De todo lo expuesto, existe un abanico de posibilidades para ejercer el derecho a la defensa, y así proteger los intereses de nuestro patrocinado, según el delito que se investiga, según la fase o etapa procesal, según el rol a patrocinar, según la actividad probatoria realizada por el fiscal, haciendo hincapié que es el quien debe probar lo que acusa, en aplicación al principio de *onus probandi*, sin embargo, del ejercicio técnico del litigante es necesario una postura activa a fin de culminar el litigio, y se aplicará también los métodos alternativos de solución de conflictos.

Finalmente indicar que como regla general, la defensa debe ser eficaz, debe tener estrategias a presentar a su cliente después de que el haya revisado cuidadosamente la denuncia o el expediente fiscal, toda vez que haya estudiado la ley penal en armonía con las demás normas, a fin de presentar una teoría del caso que proteja a su patrocinado y a sus intereses, con la que demostrará que existen posibilidades de que el resultado de la investigación o del proceso penal, esto es la sentencia sea favorable a él, gracias a la asistencia letrada efectiva, adecuada y activa de la que se ha tratado en líneas anteriores.

2.2.3.3. Diligencias de la defensa técnica en la investigación previa frente a las de instrucción fiscal.

Investigación previa.

Para iniciar el presente apartado, se indica que la investigación previa, es la fase pre procesal penal, en la cual el fiscal reúne los suficientes elementos de cargo y descargo que, necesita para realizar la imputación al sospechoso, la duración de esta fase depende del delito que se está investigando, dado que sé específica que en los delitos de desaparición de personas la investigación previa es de tiempo indefinido. Esta fase pre procesal tiene carácter de reservada, a fin de evitar que el fiscal pierda la objetividad, sin embargo, es pública para los

sujetos intervinientes en la investigación, para que estos por intermedio de sus abogados patrocinadores, preparen sus defensas y así garantizar el debido proceso de ellos.

El autor Trujillo indica que “La investigación previa conocida como pre procesal, está constituida por los actos que se cumplen antes de la iniciación del proceso penal y que sirven para dar sustento o firmeza a la decisión de ejercer la acción penal”. (Trujillo, 2007, p. 24).

En la investigación previa, el rol del fiscal consiste en realizar los actos de investigación según su teoría del caso, frente a los elementos de descargo que presenta y aporta la defensa técnica activa del sospechoso, por lo que se enfrentan ambas teorías para indagar las circunstancias constitutivas del hecho criminoso, y para determinar la responsabilidad del infractor como la materialidad de la infracción; en la investigación previa el fiscal en el caso de no obtener elementos de convicción suficientes podría solicitar el archivo de esta.

El autor Córdova (2007) indica que los objetivos de la fase pre procesal son: comprobar si el hecho que llegó a conocimiento del fiscal es real, determinar el delito o infracción según las normativas vigentes, recaudar pruebas necesarias para iniciar la instrucción fiscal y supervisar las acciones de la policía nacional.

Por otra parte la defensa técnica en la investigación previa, señala la autora mexicana Pratt (2017), debe mantener su teoría del caso, desde el primer momento que el litigante tiene conocimiento del asunto, a fin de mantener una versión final antes de continuar con el proceso penal, esta fase pre procesal permite efectuar los actos de investigación pertinentes, y así a posterior contar con los suficientes medios de prueba para su defensa en la etapa intermedia.

La defensa técnica antes mencionada debe practicarse en la investigación previa, por medio de la defensa tanto pública como privada, por ello “La Defensoría Pública asegurará la asistencia legal de la persona desde la fase de investigación previa hasta la finalización del proceso, siempre que no cuente con una o un defensor privado”. (Código Orgánico Integral Penal, 2014).

Por otro lado, el maestro Zavala, indica que “el derecho a la defensa permite al ciudadano intervenir desde la iniciación de una investigación hasta el desarrollo y conclusión definitiva del proceso”. (Zavala Baquerizo, 2002, p. 129).

Lo anteriormente mencionado con relación a la defensoría pública debido a las entrevistas realizadas dentro de esta tesis, se denota que es relativamente falso, por cuanto son casos especiales en los cuales un defensor público patrocina a un sospechoso; por el contrario, si esta persona contrata y autoriza a un defensor privado, este tiene la obligación contractual de realizar la defensa de los intereses de su patrocinado desde la fase pre procesal.

En el caso de la defensa técnica privada, como lo se ha explicado en líneas que anteceden existen varias modalidades de la defensa, que se dividen entre activa o pasiva, sin embargo, aunque se haya elegido realizar la defensa pasiva para nuestro patrocinado, el sospechoso, no es menos cierto que, aunque no se acuda a alguna diligencia, el fiscal tiene la atribución de que en caso de incumplimiento solicitar la comparecencia del denunciado, con el uso de la fuerza pública, al tenor del Art. 444 último inciso del Código Orgánico Integral Penal.

Dentro de las diligencias que se realizan en la investigación previa, están las versiones y ampliaciones de ellas, en las cuales nuestro patrocinado (sospechoso) tiene la opción de dar su relato sucinto de los hechos, en donde se referirá al objeto de la investigación, sin dar muchos detalles, por cuanto toda información (a favor o contra) le será valiosa al fiscal, en su tan anhelada búsqueda de la verdad. En estas diligencias la defensa técnica activa, debe indicarle al investigado, que debe casi dictar su relato, por lo que debe controlar su velocidad al hablar, por ello no se recomienda memorizar y el trabajo de la defensa es tener mucho cuidado al leer antes de firmar la versión escrita, para evitar errores que perjudiquen al sospechoso. En esta diligencia de versión, bien pudiera el investigado acogerse a su derecho constitucional de guardar silencio, lo que es considerado como una defensa técnica pasiva, sin embargo, puede

ser una versión mixta, contar su relato o teoría, y a posterior negarse a contestar las preguntas que podrían realizar la fiscalía y los abogados de las contra partes.

De lo mencionado en el párrafo anterior, es en donde se dificulta la elección de la defensa técnica activa o pasiva, porque se tiene dos opciones, coadyuvar a la investigación o dejar al fiscal que cumpla con su rol investigador y haga solo su trabajo, eso depende de la estrategia de la defensa. Cabe indicar, que en algunos casos los fiscales, niegan el derecho a guardar silencio, indican que, al encontrarnos en investigación previa, dicho derecho no le tutela, dado que este solo le corresponde a la persona privada de la libertad dentro de un proceso penal, y la investigación previa es una fase pre procesal penal, tal como lo refiere el Art. 77 núm. 7 literal b) de la norma suprema.

Otras de las diligencias a practicarse dentro de la investigación previa, son los reconocimientos de lugar del hecho denunciado, a fin de determinar la escena del presunto delito, esta diligencia es realizada por el fiscal coadyuvado por el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, pero cuando se trate de infracciones de tránsito, las diligencias antes mencionadas, las investigaciones, la inspección técnica ocular y peritajes serán realizados por peritos expertos en materia de tránsito; así mismo la recolección de las evidencias, huellas, vestigios encontrados en el lugar ingresarán en cadena de custodia para la investigación a cargo de la o el fiscal.

En estas diligencias, es necesario la presencia del sospechoso, en ellas se determinarán los efectos materiales del hecho denunciado, previa posesión de los peritos ante autoridad competente, por la descripción narrativa, fotográfica, planimetría y videocámara del lugar donde sucedieron los hechos, y es aquí mediante el principio de contradicción, que se relata por parte del sospechoso lo que sucedió, si así lo decide y le sugiere su defensa técnica.

Las diligencias especiales o con carácter específico, como la pericia de grafotecnia, identificación de cadáveres, autopsia médico legal, reconocimiento médico legal de personas

lesionadas o heridas, reconocimiento técnico mecánico de los vehículos, reconstrucción de los hechos, recolección de evidencias y reconocimiento de estas, son actos de investigación que deben ser practicados por profesionales debidamente acreditados, a fin de respetar las formas establecidas en la norma penal, y las garantías básicas del debido proceso, para que así estas pericias o productos de diligencias puedan ser utilizadas como medios de pruebas en la etapa intermedia, y sobre todo puedan ser practicadas en juicio, sin que la contra parte alegue vicios de nulidad, legalidad, legitimidad o que les reste valor probatorio.

A manera de conclusión, la investigación es una actividad creativa, en la cual el defensor trata de superar el estado de incertidumbre que tiene el fiscal mediante la búsqueda de todos aquellos elementos de descargo, que puedan aportar certeza y servirán como pruebas frente al juez que tomará una decisión frente a nuestro patrocinado, el investigado.

Instrucción fiscal.

Toda vez que, en la fase pre procesal penal, el fiscal haya recabado suficientes elementos de convicción, y como resultado de su investigación se extrae que existen indicios de responsabilidad, el titular del ejercicio de la acción pública penal solicitará al Juez formulación de cargos mediante audiencia oral, pública y contradictoria, como una de sus atribuciones establecidas en la norma suprema, esto es dirigir de oficio o a petición de parte la fase pre procesal y el proceso penal.

En dicha audiencia dará inicio la instrucción fiscal, los sujetos procesales y el juez, no podrán oponerse a la solicitud de formulación de cargos, solo podrán discutir con respecto a las medidas cautelares personales o reales a imponer al procesado, siendo la defensa quien presentará los arraigos respectivos a fin de que no se le imponga la medida cautelar de *última ratio*, que es la prisión preventiva.

La instrucción fiscal es una de las etapas del proceso penal, en la cual el ejercicio investigativo del fiscal se basa en la mínima actividad probatoria, aunque parezcan repetitivas

algunas diligencias, en esta etapa se deben cumplir con carácter obligatorio y oficial, por medio del Juez, en audiencia de formación de cargos, se ha notificado al sospechoso ahora procesado, a fin de que colabore con la instrucción, toda vez que se ha identificado e individualizado a los presuntos responsables de la noticia *criminis* inicial.

En esta etapa el fiscal, por medio de impulsos fiscales, dispone diligencias que directamente vinculan al imputado al proceso, a fin de que el fiscal determine elementos de convicción, de cargo y descargo, que permita acusar por medio de dictamen acusatorio y que el juzgador dicte auto de llamamiento a juicio a la persona procesada. Esta fase tiene diferentes tiempos de duración, dependiendo del delito que se investiga y de sí se vinculan más personas al proceso, pero en nuestra normativa penal la instrucción fiscal nunca podrá durar más de ciento veinte días, y en relación con las diligencias estas no podrán ser practicadas fuera de estos plazos, sin embargo, si han sido solicitadas dentro de la instrucción fiscal sí se podrá.

Esta etapa ya es pública, y los procesados por medio de sus abogados defensores, puedes tener acceso a todas las diligencias practicadas, pericias y documentos, para ejercicio pleno de su defensa, así mismo tendrán la libertad de solicitar diligencias, que no hayan sido practicadas en la investigación previa, para que no sean repetitivas ni mucho menos revictimicen o vulneren alguna garantía constitucional del procesado, y en el momento de solicitarlas, se deberá indicar la pertinencia, congruencia y necesidad de las mismas.

Dicha etapa sirve para recolectar y asegurar los medios de prueba, a practicar en juicio, aunque es común como se ha indicado que estas actuaciones fiscales se consideren repetitivas, sin embargo, la diferencia sustancial es que ya las diligencias en instrucción fiscal son conocidas por el Juez, por ejemplo, la incorporación de una pericia contable al expediente fiscal dentro de la investigación previa frente al testimonio anticipado de dicho perito ante el juzgador, quien ya escucha dicho testimonio que de ser el caso, servirá para sembrarle la duda acerca de la responsabilidad del procesado. Por lo que se considera que si dentro de la

investigación previa, no se realizó una defensa técnica activa, según nuestros intereses, en instrucción fiscal es el momento procesal oportuno para solicitar y aportar elementos de descargo que conlleven a un dictamen abstentivo por parte del fiscal.

2.3 Hipótesis

Determinar si la aplicación de una defensa activa en la fase pre procesal evita el inicio de un proceso penal.

2.4 Variables

Variable Independiente:

1. La defensa técnica activa.

Variables Dependientes:

1. Aporte de elementos de descargo en la fase pre procesal.
2. Inicio de la instrucción fiscal.

OPERACIONALIZACIÓN DE VARIABLES

VARIABLES	DEFINICIÓN CONCEPTUAL	DIMENSIONES	INDICADOR	INSTRUMENTO	POBLACIÓN
La defensa técnica activa.	La defensa técnica consiste en la actividad que realiza el abogado para asesorar técnicamente al imputado sobre sus derechos y deberes; (Jauchen, 2005, p. 154-155)	Sistema acusatorio oral ecuatoriano. El debido proceso penal ecuatoriano. La defensa técnica como derecho.	El rol del juez, del fiscal y del abogado. Investigación previa e instrucción fiscal. La defensa técnica y sus modalidades.	Fichas bibliográficas Técnicas de estudio: resumen, lectura comprensiva.	Artículos científicos. Libros, códigos, leyes, jurisprudencia, normativa internacional y comparada.
Aporte de elementos de descargo en la fase pre procesal.	Es el ejercicio técnico, estratégico, organizado y estructural que presenta elementos de descargo para contrarrestar la teoría del fiscal frente a los hechos investigados.	Defensa técnica activa.	Elemento de descargos Criterios de los juristas	Análisis del marco teórico y entrevistas.	Sujetos intervinientes en la investigación previa, esto es jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes penales.
Inicio de la instrucción fiscal.	Esta primera etapa del proceso penal se aportará con diligencias de cargo y de descargo respectivamente a favor de sus pretensiones y solo con la habilidad del litigante acompañado siempre de la verdad o medios probatorios podrá obtener un beneficio sea para la emisión de un dictamen fiscal acusatorio o no acusatorio.	Defensa técnica pasiva.	Elemento de descargos Criterios de los juristas	Análisis del marco teórico y entrevistas.	Sujetos intervinientes en la investigación previa, esto es jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes penales.

CAPÍTULO III: DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO INVESTIGATIVO REALIZADO

3.1 Ámbito de estudio

Esta investigación ha tomado como espacio de estudio, la investigación previa en el sistema acusatorio oral ecuatoriano.

3.2 Tipo de investigación

La presente investigación utilizó como tipo de investigación la dogmática jurídica aplicada en el marco teórico.

En consonancia con la investigación descriptiva y correlacional, por lo que se analizó la relación entre la defensa técnica activa y su actuación en la fase pre procesal penal, para lo cual se realizó una entrevista a un número personas involucradas en el proceso penal: dos Jueces de Garantías de Penales, dos fiscales de lo penal, dos defensores públicos penales y dos abogados litigantes expertos en la materia. Se mantuvo el estudio de las variables en torno a la hipótesis planteada, a fin de determinar las relaciones de la defensa técnica dentro de la investigación previa.

Esta última investigación fue definida por el autor Hernández, como la que “pretende establecer la relación entre dos variables”. (Hernández, Fernández, & Baptista, 2010, p. 81-83).

3.3 Nivel de investigación

El presente trabajo de investigación aplicó el nivel descriptivo y crítico porque interpretó el ejercicio de la defensa técnica, en sus modalidades y efectos en la fase pre procesal y procesal penal; y un nivel de investigación correlacional, mantuvo el estudio de las variables en torno a la hipótesis planteada, a fin de determinar las relaciones de la defensa técnica dentro de la investigación previa.

3.4 Método de investigación

Esta tesis utilizó como método analítico, el deductivo y el cualitativo; métodos que nos permitieron detallar las características de la defensa técnica en la fase pre procesal penal, mediante la selección rigurosa y organización precisa de la información seleccionada.

El método deductivo utilizado en el marco teórico es aquel que va de lo general a lo específico, siendo este el orden de análisis de las normas, siguiendo el orden jerárquico de las mismas, establecido en el Art. 425 del imperio constitucional. Así mismo el método cualitativo, se utilizó en la recolección de datos por medio de entrevistas a jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes, a fin de conocer su punto de vista del problema planteado en esta tesis.

3.5 Diseño de investigación

El presente trabajo de investigación empleó como diseño de investigación: la descripción y explicación. La primera permitió observar la información y los datos, y la segunda dar un criterio coherente y presentar en orden la misma. Y como ámbito de investigación la cualitativa, para recolectar información por medio de entrevistas.

3.6 Población, muestra

Las características de esta investigación, nos exigió la necesidad de analizar los criterios de una selección de la muestra representativa, que la conforman los sujetos participantes del proceso penal, por tanto, se realizó entrevistas a una población específica, esta es: dos jueces de Garantías de Penales, dos fiscales de lo penal, dos defensores públicos penales y dos abogados litigantes expertos en la materia del cantón Guayaquil. Quienes tienen amplios conocimientos de la materia procesal penal.

3.7 Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Para realizar esta tesis se utilizó como instrumentos de investigación en el marco teórico, documentos como doctrina, jurisprudencia, leyes y códigos.

La herramienta metodológica más importante en esta investigación es la documental, misma que para el investigador Guerrero es:

La investigación documental es una de las técnicas de la investigación cualitativa que se encarga de recolectar, recopilar y seleccionar información de las lecturas de documentos, revistas, libros, grabaciones, filmaciones, periódicos, artículos resultados de investigaciones, memorias de eventos, entre otros; en ella la observación está presente en el análisis de datos, su identificación, selección y articulación con el objeto de estudio. (Guerrero Dávila, 2015, p. s/n).

Así mismo indico que para realizar la recolección de datos, se usó como instrumentos cuestionarios semiestructurados para realizar las entrevistas dirigidas a los sujetos intervinientes del proceso penal, esto es jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes. Para el autor Arias, las entrevistas realizadas a profundidad son “una técnica para recolectar información desde el enfoque cualitativo, se fundamenta en obtener información referida a opiniones, ideas, valoraciones, etc.”. (Arias González y Covinos Gallardo, 2021, p. 97). Y estas permiten ampliar o modificar las preguntas dependiendo de la información que se otorga por parte de los entrevistados.

3.8 Procedimiento de recolección de datos

Para obtener información del tema estudiado, fue necesario recolectar por medio de entrevistas realizadas por el programa de Zoom, mismas que fueron transcritas y adjuntadas como anexos a esta tesis. Una vez, transcritas y de la información otorgadas por los entrevistados se procede a continuación a dar los resultados obtenidos.

3.9. Técnicas de procesamiento, análisis e interpretación de datos

En la presente tesis se analizó doctrina, jurisprudencia relevante al tema en estudio y la normativa constitucional y penal vigente, para describir y explicar la problemática específica, por lo que se puede verificar en cada uno de los capítulos y su desarrollo, el análisis de la problemática con las entrevistas realizadas, para obtener los resultados de esta investigación.

Bajo ese análisis y para que esta tesis contribuya a la academia jurídica ecuatoriana se basó fundamentalmente en un análisis de derechos constitucionales en el debido proceso, para que sea válida y confiable la misma.

CAPÍTULO IV: RESULTADOS

4.1 Presentación y Análisis de Resultados

4.1.1. Presentación de Resultados

En el siguiente apartado presentaré los resultados obtenidos de las entrevistas realizadas a jueces de garantías penales, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes en el área penal, quienes tienen amplios conocimientos en materia procesal y litigación penal, quienes por medio de instrumentos tecnológicos, contestaron a cada una de las preguntas realizadas con objetividad, ética y profesionalismo, dando a conocer que estas entrevistas tienen carácter académico y científico, para aportar con el acervo jurídico de la academia ecuatoriana. *(Para mayor ilustración se adjuntan tablas de presentación y análisis de resultados).*

Tabla 1. Entrevistas a Jueces de Garantías Penales.

ROL	NOMBRE	PREGUNTA	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN DE DATOS
Juez/a	Dr. Darwin Valencia	1. ¿Qué opinión le merece a usted la formulación de cargos realizada por el fiscal, cuenta con los elementos suficientes para realizarla?	Es su atribución como fiscal, al tenor del artículo 409 y 410 del COIP.	Ambos jueces, reconocen la atribución del fiscal de formular cargos, por ende, no opinan acerca de ello, porque es un mandato constitucional.
	Dra. Ruth Quevedo		La norma determina que el fiscal con mandato constitucional debe tener los suficientes elementos de convicción, para formular cargos.	
Juez/a	Dr. Darwin Valencia	2. ¿En su experiencia, le han solicitado audiencia de formulación de cargos sin que el procesado haya presentado elementos de descargo durante la investigación previa?	No es necesario que el sospechoso, en la investigación previa, haya presentado un elemento.	Para el Dr. Valencia es indiferente la presentación de elementos de descargo, sin embargo, la Dra. Quevedo indica que eso depende de la actividad de la defensa técnica.
	Dra. Ruth Quevedo		No todos los casos, no todos los defensores, hay unos que son acuciosos y presentan elementos de descargo.	
Juez/a	Dr. Darwin Valencia	3. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal y por ende la carga procesal en las unidades judiciales? ¿Las solicitudes de archivos	Considero que sí, porque la fase de la investigación previa, se reúnen todos los elementos de convicción con el fin de determinar la existencia de un delito, y si no los reúne debe archivar.	El Dr. Valencia está de acuerdo con que la defensa activa si evitará el inicio de la instrucción fiscal, sin embargo, para la Dra. Quevedo, eso es indistinto.
	Dra. Ruth Quevedo		No creo que una buena defensa en una etapa pre procesal evite la apertura del proceso penal, depende la actividad del fiscal.	

		realizadas a su autoridad, han demostrado lo preguntado anteriormente?			
Juez/a	Dr. Darwin Valencia	4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?	No, porque en las audiencias se deben aplicar los principios de oralidad, inmediación, la contradicción de las partes. A fin de realizar una defensa al procesado. La audiencia de formulación de cargos si tiene que darse, porque la persona procesada puede ser escuchada por el juez y contradecir lo que indica la fiscalía.	ambos juzgadores consideran que la audiencia de formulación de cargos es necesaria, a fin de que se aplique el principio de contradicción por parte de la defensa técnica.	
	Dra. Ruth Quevedo				
Juez/a	Dr. Darwin Valencia	5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?	Si la fiscalía tiene investigado dos años y además indica que tiene todos los elementos necesarios para formular cargos yo considero que ningún juez en esta República del Ecuador puede negarse a realizar dicha formulación. Todo juez está en la obligación de controlar la formulación de cargos.	En esta pregunta, las respuestas son contradictorias, para el Dr. Valencia se considera que la formulación de cargos es atribución del fiscal por lo que el juez no puede interferir, por el contrario, la Dra. Quevedo indica que todo juez debe controlar esta audiencia.	
	Dra. Ruth Quevedo				

Juez/a	Dr. Darwin Valencia	6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?	Aquí en este país a la actualidad ninguno de los funcionarios a quienes se les ha declarado el derecho de repetición ha hecho los pagos respectivos que la Corte Interamericana de Derechos humanos en sentencia dispuso. Yo creo que lo dispuesto en el numeral 6 corresponde a la que haya determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos que todo Estado está obligado a garantizar el derecho.	Ambos juzgadores reconocen el derecho a repetición, sin embargo, opinan que dicho derecho no se ejerce.
	Dra. Ruth Quevedo			

Análisis: estos resultados se han obtenido de entrevistas a Jueces de Garantías Penales de la ciudad de Guayaquil, quienes tienen amplio conocimiento del inicio de la instrucción fiscal, además son aquellos quienes deben controlar la actuación del fiscal y las garantías básicas del debido proceso. Ambos juzgadores consideran que la defensa técnica debe ser activa, para coadyuvar a la investigación por parte del fiscal, sin embargo, consideran que como jueces no pueden controlar que la petición de formulación de cargos cuente con elementos suficientes por parte del fiscal, por lo que se reconoce el derecho de repetición contra aquellos fiscales que sean negligentes y vulneren las garantías del debido proceso. Así mismo consideran que para que se pueda ejercer la defensa técnica, es necesaria la audiencia de formulación de cargos y que los jueces garantistas deben controlar que se respeten las garantías del debido proceso.

Tabla 2. Entrevistas a Fiscales Penales.

ROL	NOMBRE	PREGUNTA	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN DE DATOS
Fiscal	Dr. Rene Astudillo Orellana	1. ¿En su experiencia, usted que postura debe mantener la defensa técnica del denunciado (activa o pasiva) para coadyuvar a la investigación previa?	Va a tomarla de acuerdo con su pretensión, a su conveniencia.	En este caso, ambos consideran que la defensa técnica debe ser activa, sin embargo, el Dr. Astudillo considera que esta también depende de la conveniencia del patrocinado.
	Dr. Santiago Vallejo Mozo		La defensa técnica es una defensa activa, es irrenunciable, ya que trata de precautelar y resguardar el derecho de la defensa de la persona.	
Fiscal	Dr. Rene Astudillo	2. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal?	Por supuesto, colaboraría con la justicia en no activar el órgano punitivo o jurisdiccional de manera innecesaria, y obviamente esto conlleva a que no se representen los procesos penales.	Ambos fiscales consideran que la defensa técnica activa si evita la apertura de un proceso penal, por cuanto se presentan elementos de descargo.
	Dr. Santiago Vallejo Mozo		Se puede evitar el inicio de una instrucción fiscal, por cuanto la fiscalía lo que obtiene en ese momento son elementos de convicción.	
Fiscal	Dr. Rene Astudillo	3. ¿Las solicitudes de archivos realizadas por usted, han demostrado lo preguntado anteriormente?	Yo he evitado tener recarga personal en fiscalía al momento de determinar que no constituye un delito o al momento de determinar que han llegado a una conciliación.	Ambos fiscales consideran que los archivos que ellos han realizado son porque la defensa técnica activa han demostrado que la denuncia no constituye delito, porque han llegado a una conciliación o porque no se cuenta con elementos suficientes para formular cargos, porque se procede al archivo.
	Dr. Santiago Vallejo Mozo		Hay causas muchas veces por la acumulación de denuncias que se	

Fiscal			presentan no ameritan más que hacer un análisis jurídico del caso y proceder al archivo.	
Fiscal	Dr. Rene Astudillo	4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?	Sería un retroceso porque la intermediación es algo importante donde el juez podrá tener contacto con los sujetos procesales al menos en la flagrancia y puede determinar de que si bien es cierto el fiscal puede iniciar el proceso penal.	Ambos fiscales consideran que no se debe optar por suprimir la audiencia de formulación de cargos, para así se pueda aplicar el principio de intermediación, sin embargo, debe analizarse la malicia o temeridad causada por la denuncia si no se llega a juicio.
Fiscal	Dr. Santiago Vallejo Mozo		Yo creo que desde la práctica que debe desarrollarse el tema de la malicia, de la temeridad de denuncias que han sido presentadas de una mala manera o de hechos no ciertos o de teorías falsas.	
Fiscal	Dr. Rene Astudillo	5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?	Pero debe de haber uno que sea arbitro, el juez, que está en la constitución, con esto que se permite que si el juez dice no señor no tiene elementos suficientes para empezar este proceso.	Ambos fiscales consideran que el juez si debería ser garantista, y controlar que se estén respetando las garantías del proceso, y no solo considerar que como el fiscal es el titular de la acción pública penal puede hacer lo que él quiera.
Fiscal	Dr. Santiago Vallejo Mozo		Yo pienso que si, la constitución del COFJ son muy generales, establece que la fiscalía es titular de la acción pública y la totalidad de la acción, cuando nosotros iniciamos instrucción fiscal y	

		hemos investigado, el juez indica que la titularidad tiene la fiscalía.	
Fiscal	<p>6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?</p> <p>Dr. Rene Astudillo</p> <p>Dr. Santiago Vallejo Mozo</p>	<p>En efecto ya salió un reglamento o está en discusión el reglamento del derecho de repetición, y es así como ya se podía sancionar por la omisión, o por una negligencia del servidor público de haber iniciado un proceso sin tener los elementos.</p>	<p>Ambos fiscales consideran que debe analizar más el tema a fin de dar instrumentos para garantizar el derecho a repetición, y que no solo quede en letra muerta, sino que si se pueda aplicar y llegar a una sentencia en contra del servidor público negligente.</p>
		<p>Bueno yo creo que hay que desarrollar mucho en el tema de la repetición, no se conoce al momento que ha habido un efecto contra algún funcionario que no conozco solo queda únicamente en la teoría de que se va a dar este ejercicio.</p>	

Análisis: estos resultados se han obtenido de entrevistas a Fiscales Penales de la ciudad de Guayaquil, quienes tienen amplio conocimiento de las diligencias de la investigación previa y el inicio de la instrucción fiscal, además son aquellos quienes deben garantizar el derecho a la defensa y las garantías básicas del debido proceso. De los resultados obtenidos, se denota que los fiscales consideran que la defensa técnica activa, si los ayuda a su rol investigador, sin embargo, queda a criterio de ellos petitioner un archivo o formular cargos, si tienen elementos de convicción suficientes, debido a que el juzgador controla la aplicación de las garantías básicas del debido proceso, pero no controla la petición, porque esto es una de sus atribuciones como fiscal. En relación con la audiencia de formulación de cargos, consideran que si es necesario para ejercer la defensa técnica activa en aplicación a los principios de inmediación, contradicción y dispositiva, y es ahí donde el juez ser garantista.

Tabla 3. Entrevistas a Defensores Públicos de Área Penal.

ROL	NOMBRE	PREGUNTA	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN DE DATOS
Defensor/a Público	Dr. Jimmy Valverde	1. En la mayoría de las ocasiones, ¿Cuándo usted mantiene una postura (activa o pasiva) en la investigación previa, como patrocinador del sospechoso?	Si la defensa es más activa una vez que ya ha sido debidamente notificada, realmente la defensoría no interviene cuando es investigación previa, sin embargo, por casos realmente excepcionales nos han asignado: cuando hay adultos mayores, cuando hay menores, cuando hay mujeres embarazadas.	Ambos defensores indicaron que la defensa técnica debe ser activa, sin embargo, explicaron que ellos no actúan o no asisten a diligencias en la investigación previa, solo en casos excepcionales.
	Dra. Jennifer Salinas		Tener una participación muy activa, es decir, incorporar muchos elementos que desestime absolutamente la fundamentación de la denuncia o la noticia.	
Defensor/a Público	Dr. Jimmy Valverde	2. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal?	En la mayoría de las ocasiones, en lo común, esta etapa pre procesal simplemente es una fase de notificación de la persona procesada y se llama a formular cargos e interviene el defensor público.	Ambos defensores indican que a ellos solo les llega la notificación de la formulación de cargos, para presentarse en audiencia por tanto no podrían ejercer una defensa técnica activa, cuando la investigación previa tiene como finalidad contradecir los argumentos del fiscal.
Defensor/a Público	Dra. Jennifer Salinas		Desde una perspectiva un poco más pragmática, la defensa ha tenido siempre que contradecir desde una fase previa, incluso a la etapa de los juicios, para que el fiscal se dé cuenta de que no constituye un buen caso para llevarlo a juzgarse en los tribunales.	

Defensor/a Público	Dr. Jimmy Valverde	3. ¿Las solicitudes de archivos realizadas por usted, han demostrado lo preguntado anteriormente?	En algunas ocasiones debería ser así, si uno aporta con elementos que contradicen a la acusación la fiscalía tendría elementos para archivar esa denuncia antes de la formulación de cargos.	Ambos defensores indican que esto depende solo del criterio del fiscal, a pesar de que la defensa técnica aporte elementos de descargo a favor de su patrocinado.
	Dra. Jennifer Salinas		Realmente todo es dependiendo del caso, nosotros lo hacemos muy pasivamente porque a la fiscalía a veces muy poco le importa, hay instrucciones que se abren a los dos años.	
Defensor/a Público	Dr. Jimmy Valverde	4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?	Acarrea nulidad de todo lo recabado dentro de la etapa de investigación así que ese es uno de los puntos que el juez debería y debe conocer para precautelar el debido proceso dentro de este inicio del proceso penal	Ambos defensores indican que es importante esta audiencia, no por contradecir la petición del fiscal de formular cargos, sino para dar a conocer al juez si existe algún vicio del procedimiento y para discutir las medidas cautelares que se van a imponer al sospechoso.
	Dra. Jennifer Salinas		Eso es debatible, sin embargo, creo que debe ser discutido en audiencia en una audiencia de formulación de cargos si bien es cierto no puedes impedir que el fiscal inicie instrucción fiscal, pero ojo una vez que se haya verificado si no hay ningún tipo de vicio que pueda afectar la causa.	
Defensor/a Público		5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?	Nuestro sistema penal le da la potestad total a la Fiscalía para decir si inicia o no inicia el proceso penal, en este caso el juez no puede hacer nada en ese punto, en la formulación de cargos a	Ambos defensores indican que el juez es pasivo, que no garantiza el debido proceso, debido a la atribución de la fiscalía a formular cargos, y eso es más fuerte que las garantías del debido proceso, en especial el derecho a la defensa.

	<p>Dr. Jimmy Valverde</p> <p>Dra. Jennifer Salinas</p>		<p>pesar de que no tenga ningún tipo de elementos.</p> <p>El juez es una figura desde la realidad, porque en teoría son ultra garantistas, pero en la realidad los jueces son muy pasivos. no solamente en la formulación de cargos sino incluso en la etapa solamente y preparatoria de juicio.</p>	
<p>Defensor/a Público</p>	<p>Dr. Jimmy Valverde</p> <p>Dra. Jennifer Salinas</p>	<p>6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?</p>	<p>Es una garantía que tenemos todos los ciudadanos en el Ecuador, a más de ser una garantía es una esperanza de que en muchas ocasiones los jueces dictan prisión preventiva a la carta.</p> <p>Una de las cosas que hace la ley es proteger derecho verdad, en especial de derecho penal, y si no hay una lesividad, hay que observar el resultado, si el resultado es lesivo evidentemente la sanción tiene que ir.</p>	<p>En este caso, consideran los defensores que el derecho de repetición es una esperanza para llegar a obtener justicia, porque en algún momento del proceso han sido vulnerados sus derechos dentro del proceso por parte de algún servidor de la Administración de Justicia.</p>

Análisis: estos resultados se han obtenido de entrevistas a Defensores Públicos de la ciudad de Guayaquil, quienes tienen amplio conocimiento de las diligencias de la investigación previa y el inicio de la instrucción fiscal, además son aquellos quienes deben garantizar el derecho a la defensa y exigir las garantías básicas del debido proceso. Ambos defensores públicos indican que ellos no asisten a las diligencias dentro de la investigación previa, solo en casos excepcionales, sino que comienzan a ejercer la defensa técnica a partir de la formulación de cargos, por lo que ejercer una

defensa técnica en la fase pre procesal no es oficioso, porque es decisión del fiscal formular cargos e iniciar el proceso, por lo que es muy necesaria la audiencia de formulación de cargos para indicar si existen vicios de procedimiento y para discutir las medidas cautelares a aplicar a su patrocinado.

Tabla 4. Entrevistas a Abogados Penalistas.

ROL	NOMBRE	PREGUNTA	RESPUESTA	INTERPRETACIÓN DE DATOS
Litigante en Derecho Penal	Dr. Ángel Naranjo	1. En la mayoría de las ocasiones, ¿Cuándo usted mantiene una postura (activa o pasiva) en la investigación previa, como patrocinador del sospechoso?	En todas las investigaciones se debe mantener una postura activa como abogado del sospechoso, que está amparado en el principio de presunción de inocencia que corresponde a fiscalía desvirtuar. Tener una participación muy activa, es decir, incorporar muchos elementos que desestime absolutamente la fundamentación de la denuncia o la noticia.	Los abogados litigantes se declinan al ejercicio de la defensa técnica activa, para hacer respetar la presunción de inocencia de sus patrocinados.
	Dr. Héctor Vanegas			
Litigante en Derecho Penal	Dr. Ángel Naranjo	2. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal?	Si nosotros portamos con suficientes elementos de descargo a la fiscalía dentro de su investigación, podríamos hacer que la fiscalía no tenga elementos suficientes para realizar una imputación o formulación de cargos. Se requiere inevitablemente formular una buena defensa, una buena estrategia desde el comienzo, desestimar los elementos que en este momento no son más que indicios, que empiezo a evacuar la Fiscalía mediante su investigación.	Ambos abogados consideran que la defensa técnica activa si evitará el inicio de una instrucción fiscal.
	Dr. Héctor Vanegas			
Litigante en Derecho Penal	Dr. Ángel Naranjo	3. ¿Las solicitudes de archivos realizadas por usted, han demostrado lo preguntado anteriormente?	Hay expedientes que, en teoría, en la práctica por mandato de la disposición de la ley ya debieron cerrarse investigaciones, pero lo cierto es que fiscalía las tiene abiertas.	En este caso, el Dr. Naranjo considera que, si debiera archivarse luego de haber ejercido una defensa técnica, el Dr. Vanegas considera que haber aportado elementos de descargo conllevaría un archivo, sin embargo, ambos indican que el archivo es a criterio del fiscal, es indistinto el ejercicio de la defensa técnica.
	Dr. Héctor Vanegas		Podría ser simplemente que Fiscalía ha encontrado que los hechos denunciados no son delitos, no constituyen delito, o	

			que lo que se ha denunciado se ha esclarecido mediante el ejercicio de la defensa técnica, en este caso el sospechoso.	
Litigante en Derecho Penal	Dr. Ángel Naranjo	4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?	Como está estructurado el sistema procesal penal específicamente para esta audiencia de formulación de cargos, en el tema de las medidas cautelares sigue siendo un tanto necesario la intervención del juez, y el desarrollo de una audiencia <u>propriadamente dicha</u> . Desde mi punto de vista, sería un error: quizás le cambiaría el nombre y sería nada más formalidad de cargos. Porque es cierto, en la primera parte no hubiese formulación de cargos.	Amos abogados consideran que, si es necesario la audiencia de formulación de cargos, aunque no se puedan oponer a esta, pero si se puede contradecir la aplicación de medidas cautelares a favor de su patrocinado.
	Dr. Héctor Vanegas			
Litigante En Derecho Penal	Dr. Ángel Naranjo	5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?	Considero yo que el juez si debiese tener un papel activo, pero sobre los elementos que tenga la fiscalía, sobre qué es lo que le hace presumir o no de que el individuo podría ser responsable	Amos abogados consideran que esto ahorraría muchos procesos penales, si el juez fuera activo para controlar que el fiscal formule cargos siempre que tenga elementos de convicción, por lo que sería recomendable que los jueces valoren previo estos.
	Dr. Héctor Vanegas		Si creo que nos ahorrariamos muchísimas trabas a nivel procesal y a nivel de acumulación de carga procesal, si es que los jueces pudiesen valorar a priori, si es que la fundamentación de la Fiscalía constituye o tiene los elementos mínimos o no para constituir un delito penal.	
	Dr. Ángel Naranjo	6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar,	Lo cierto es que en la práctica no se ejerce el derecho a repetición y si lo han ejercido es por presiones o políticas	Los defensores que este derecho no se ejerce en la práctica, por los daños psicológicos y económicos que causa un proceso penal, y porque este proceso es

<p>Litigante en Derecho Penal</p>	<p>Dr. Héctor Vanegas</p>	<p>omisión o negligencia vulnerado el debido proceso?</p>	<p>han</p>	<p>Es una alternativa legal. Podría hacerlo cualquier persona que injustamente le han iniciado un proceso. El Estado debería repetir contra todos los fiscales, contra todos los jueces que dictan orden de allanamiento, sin ningún fundamento, sin ningún sustento, que procesan, que meten presas a personas que son inocentes.</p>	<p>largo y tedioso. El Estado es quien debería ejercer este derecho a favor de las personas que han sido vulneradas sus derechos en el proceso penal.</p>
-----------------------------------	---------------------------	---	------------	--	---

Análisis: estos resultados se han obtenido de entrevistas a Abogados Penalistas de la ciudad de Guayaquil, quienes tienen amplio conocimiento de las diligencias de la investigación previa frente a las del inicio de la instrucción fiscal, además son aquellos quienes deben ejercer la defensa activa o pasiva según los intereses de su patrocinado. Ambos abogados litigantes consideran que la defensa debe ser activa, pero indican que la formulación de cargos es atribución del fiscal, por lo que es indistinto en algunas ocasiones ser activos, porque de igual forma se va a dar inicio a la instrucción fiscal, por lo que consideran muy importante la audiencia de formulación de cargos para ahí ejercer una defensa técnica activa, en aplicación del principio de contradicción, a favor de los intereses de su patrocinado, y en el caso de vulneración de las garantías y derechos del debido proceso, se proponga una demanda de derecho de repetición para sancionar a los servidores públicos negligentes.

4.1.2. Análisis y discusión de resultados

En la presente investigación, se analizó la hipótesis sobre si la defensa técnica activa en la investigación previa evita la apertura del proceso penal en el sistema oral acusatorio ecuatoriano, y la respuesta es no, por lo que se consideran que los resultados obtenidos no se pueden comparar con los estudios ya realizados por otros autores en relación con el derecho a la defensa, y no a las modalidades o posturas que existen en referencia a este derecho.

Por lo que esta tesis, basada en la defensa técnica activa en la investigación previa, evidencia que esta coadyuva a la investigación que realiza el fiscal, con la finalidad de aportar elementos de descargo suficientes para poder demostrar que los hechos denunciados que conforman la teoría fiscal no son del todo certeros, por lo que se debe asistir a las diligencias que convoque el fiscal, aportar documentación de descargo, y presentar alegatos favorables a nuestro patrocinado, a fin de mantener el estado de inocencia del que goza este, lo que conllevaría, por ser justo y a consecuencia de nuestra estrategia como abogados, que se culmine la investigación previa con un archivo fiscal.

Lo antes mencionado, se encuentra en el Art. 586 del Código Orgánico Integral Penal, que refiere que cuando pasen los plazos que señala la ley, y si el fiscal no encuentra suficientes elementos de convicción, este en el plazo de diez días, deberá solicitar al juez de garantías penales el archivo de la investigación previa, sin embargo, este se reapertura en el caso de que existieran nuevos indicios, siempre y cuando la acción no se encuentre prescrita.

Sin embargo, de las entrevistas a los abogados litigantes, Dr. Héctor Vanegas y Dr. Ángel Naranjo, indicaron que en una investigación que carece de elementos de convicción, de abandono por parte de la fiscalía, y que la denuncia no detalla pormenores del hecho investigado, se puede elegir mantener una defensa pasiva, a fin de que, transcurrido el tiempo establecido por la norma penal para la investigación, se solicite el archivo de la fase pre

procesal, porque no se han obtenidos elementos suficientes para formular cargos a nuestro patrocinado, porque de la denuncia no se desprende el cometimiento de un delito, o en razón que un obstáculo legal insubsanable exista y así no se pueda iniciar el proceso.

Los profesionales del Derecho, antes mencionados, indican que, a pesar de ser justo, este archivo fiscal, esto depende única y exclusivamente del titular del ejercicio de la acción pública penal, él a su libre criterio y/o convencimiento decidirá si archivar la investigación previa o solicitará audiencia de formulación de cargos, a fin de iniciar un nuevo proceso penal. Pero esto es contrario a los resultados obtenidos de las entrevistas por los señores Fiscales, quienes indican que si la defensa técnica es activa y coadyuva a la investigación, ellos archivarán a fin de no iniciar un proceso penal, y así no tener excesiva carga procesal en sus despachos.

Así mismo en las entrevistas realizadas a todos los intervinientes del proceso penal, se les preguntó a los Jueces en relación al control que ellos debieran tener sobre la petición de formulación de cargos, a lo que contestaron que eso es atribución del fiscal y que ellos no pueden interferir, y que solo pueden ser garantes del debido proceso, por lo que se sugiere que si observan sus defensores que han sido vulnerados sus garantías y derechos básicos deberían accionar una demanda por el derecho de repetición, a fin de que sean reparados integralmente por el abuso del derecho por parte de ciertos servidores de la Administración de Justicia.

Por otra parte, se analizó en esta tesis, acerca la vulneración del derecho a la defensa por parte de la Defensoría Pública, y como ya lo indicó el autor Benavides acerca de la defensa técnica ejercida por un defensor público, este debe ser activo, de alto nivel, de profundos conocimientos en el campo penal y que comparezca al proceso en las mismas capacidades y destrezas con las que comparece el fiscal, es decir en igualdad de condiciones (...). (Benavides Montenegro, 2012, p. 133).

Es cierto que según los resultados obtenidos se evidencia que, si se vulnera este derecho, en el caso de la designación de defensores públicos, quienes indicaron que ellos solo asisten a diligencias puntuales y/o a la defensa de casos excepcionales, cuando el Código Orgánico Integral Penal en su Art. 451, indica que la defensa técnica se ejerce desde la investigación previa hasta la finalización del proceso.

Por lo que se evidenció esta vulneración de derechos, que ya ha sido analizado en la Sentencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana No. 2195-19-EP/21, que tiene como análisis el derecho a la defensa en el Caso Garantía de la Defensa Técnica y Actividad de los Juzgadores y Juzgadoras, que se citó en la presente investigación, y así también lo refiere el autor Eser en relación con la defensa técnica y su estrategia, quien indica que “(...) no basta solamente comprobar que tiene derecho a valerse de la asistencia de un defensor; la cuestión dependerá decididamente de las facultades que se otorguen al defensor para garantizar los derechos del inculcado de modo efectivo”. (Eser, 1987, p. 11).

Dentro del análisis se considera que en la mayoría de casos, es importante mantener una defensa técnica activa dentro de una investigación previa, sin embargo, la defensa técnica pasiva se recomienda en los casos que el fiscal tenga carencia de elementos de convicción para formular cargos, o cuando se observa una actitud del fiscal parcializada o muy inquisitiva hacia nuestro patrocinado, así nuestra actividad como defensa se debe dejar para la instrucción fiscal que ya es una etapa procesal, donde se pone en juego la libertad de nuestro patrocinado, siendo esta defensa técnica activa apegada a los principios de lealtad, probidad, veracidad, honradez y buena fe; y siempre se supervigilará que se cumplan con las garantías sustanciales y procesales, lo importante del proceso penal es la búsqueda de la verdad, más no la imposición de penas, a fin de no perder de vista el enfoque restaurativo y rehabilitador social de las personas sentenciadas.

En la presente tesis, se encuentra una hipótesis negativa, que conlleva a abrir nuevas vías de investigación, como “Lineamientos para la decisión fiscal, con relación al archivo de la investigación previa o la formulación de cargos e inicio de la instrucción fiscal”, así como también “El estudio dogmático de las diligencias repetitivas en la investigación previa y la instrucción fiscal”. Temas que a futuro se pueden seguir estudiando a fin de entender mejor el criterio fiscal en el proceso penal.

Algo que recalcar, es la dificultad que se tuvo con los defensores públicos, quienes indicaron que ellos no defienden en la fase pre procesal, por lo que sus respuestas fueron muy limitadas, sin embargo, en el marco teórico se describió que, en algunas ocasiones, es impuesto este defensor público, a falta de recursos económicos para cubrir los honorarios profesionales, por designación del propio fiscal a manera de cumplir con la notificación dentro de la investigación. Finalmente, se debe también indicar o dejar en claro que es decisión única del investigado elegir una defensa técnica activa o pasiva, según lo explicado en líneas que anteceden. Pero es importante que esta defensa se ejerza desde el inicio de la investigación, para evitar vulneraciones de derechos y cumplir con todas las garantías básicas del debido proceso, como lo refirió el jurista Zavala.

Debe indicarse que el método utilizado fue de calidad y eficiente, debido a que las entrevistas se realizaron por la plataforma Zoom, en horarios de disponibilidad de los entrevistados, lo que facilitó la obtención de los resultados de la presente tesis, y sí coadyuvo a verificar si la hipótesis se cumple o no, así mismo estas entrevistas se pueden aplicar a otros contextos en relación con la audiencia de formulación de cargos.

4.2 Beneficiarios

Beneficiarios directos.

Esta investigación fue desarrollada por la autora y la tutora asignada, por tanto, son las beneficiarias directas del contenido de este.

Beneficiarios indirectos.

Los resultados de este trabajo investigativo son beneficio de la Universidad Estatal de Bolívar, los estudiantes de Derecho, abogados en libre ejercicio, Fiscalía General del Estado, Consejo de la Judicatura, Defensoría Pública y grupos sociales pro-defensa de los derechos de la sociedad.

4.3 Impacto de la investigación

Esta investigación fue relevante para el estudio del derecho, en razón que la garantía a la defensa dentro del sistema oral acusatorio ecuatoriano nos permitió analizar las normas deontológicas y los instrumentos que posibilitan la eficacia de esta garantía supranacional y constitucional.

Debido a ello, se denota que la ética y la moral de los abogados son pilares esenciales en su labor profesional y social, el Derecho y la moral, una vez normativizadas en un código y/o ley, establecen un marco de obligaciones profesionales y principios de carácter obligatorio para todos los abogados en el libre ejercicio y para aquellos que ejercen funciones como servidores públicos. Por tanto, estas normas morales, éticas y legales también son utilizadas por los operadores de Justicia y todas las personas que trabajan para la Administración de Justicia en el Ecuador, así se garantizan los principios constitucionales, como el debido proceso, la seguridad jurídica y la tutela efectiva, derechos que se gozan como ecuatorianos.

4.4 Transferencia de resultados

La transferencia de resultados de esta investigación se dará en la sustentación pública del mismo, que es de conocimiento de toda la comunidad de la Universidad Estatal de Bolívar. Así mismo se publicará, una síntesis de esta en un artículo científico, que será publicado en alguna revista indexada de elección de la autora.

CONCLUSIONES

Se concluye que la defensa técnica en la investigación previa se puede ejercer activa o pasivamente, todo depende del delito que se investiga, de las actuaciones fiscales, del grado de autoría de nuestro patrocinado y del criterio del fiscal.

Se determina que existe vulneración de la garantía de la defensa técnica por parte de los defensores públicos, porque solo asisten a algunas diligencias puntuales y no mantienen una defensa técnica durante la fase pre procesal como lo determina la carta magna, de ahí que en la praxis solo patrocinen a investigados que sean parte del grupo de atención prioritario.

De la investigación realizada se desprende que la falta de una defensa técnica activa, si influye en el inicio de un proceso penal, sin embargo, esta no garantiza un posible archivo, dado que eso es decisión única y exclusiva del fiscal. Por otro lado, se ha demostrado que la normativa internacional y ecuatoriana, nos garantiza el derecho de repetición contra aquellos fiscales inquisidores, que a falta de elementos de convicción de todas maneras formularon cargos, sin embargo, aunque nos tutele el derecho antes mencionado, pocos o casi nadie lo han ejercido debido a lo engorroso y tortuoso que es dicho proceso administrativo.

Se establece que la defensa técnica activa durante la investigación previa no garantiza el archivo de esta, y como consecuencia se activa de manera innecesaria el órgano punitivo del Estado, por la decisión que toma el fiscal más no por el ejercicio activo de la defensa técnica, por lo que no se cumple la hipótesis planteada.

RECOMENDACIONES

Se sugiere a la defensa técnica, se siga manteniendo activa, en aras de coadyuvar a la mínima intervención penal con el fin de seguir obteniendo archivos de las investigaciones previas.

Se requiere que la Defensoría Pública cumpla con su fin, asegurar la asesoría y patrocinio legal de la persona desde la fase de investigación previa hasta la finalización del proceso, y no solo en casos excepcionales o en diligencias puntuales.

Se recomienda a los ciudadanos, que han sido vulnerados sus derechos dentro de un proceso penal, en específico el derecho a la defensa, que ejerzan la acción por el derecho de repetición contra el funcionario público que por negligencia o dolo en el ejercicio de sus funciones le ha ocasionado daño o perjuicio.

Se exige que los fiscales den cumplimiento al archivo de la investigación previa cuando de esta, no se reúnan los suficientes elementos de convicción, y se consideren los elementos de descargo presentados por la defensa técnica activa, a fin de no recargar excesivamente los juzgados con más procesos penales.

BIBLIOGRAFÍA

- Ambos, K. (1997). Procedimientos Abreviados en el Proceso Penal Alemán y en los Proyectos de Reforma Sudamericanos. (Ad-Hoc, Ed.) *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 315.
- Arias Gonzáles, J., & Covinos Gallardo, M. (2021). Diseño y Metodología de la Investigación. *Enfoques Consulting Eirl*.
- Arteaga García, A. (4 de 7 de 2014). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de <https://derechoecuador.com/investigacion-fiscal-principios-de-objetividad-e-investigación-integral/>
- Astudillo Orellana, R. (2018). El Rol del Abogado Litigante en la Oralidad. *Universidad y Sociedad*. Obtenido de http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2218-3620
- Astudillo Orellana, R. (05 de 09 de 2020). Últimas reformas al COIP - Perspectiva del garantismo penal frente a la prisión preventiva. Guayaquil.
- Astudillo Orellana, R. (2021). *Manual de Procedimiento Ordinario en el Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano* (Vol. II). Guayaquil: Colloquium.
- Benavides Montenegro, J. (2012). *La Calidad de la Defensa Técnica Penal Pública Ecuatoriana*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Benavides Montenegro, J. E. (2012). La Calidad de la Defensa Técnica Penal. 39. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Brieskorn, N. (1993). *Filosofía del Derecho*. Barcelona: Herder.
- Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario Jurídico Elemental*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cafferata Nores, J., Montero, J., Vélez, V., Ferrer, C., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., . . . Arocena, G. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba., Argentina.: Advocatus.
- Carballo Armas, P. (2004). La presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Derecho & sociedad*, 199. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoyso>
- Carbonell, M. (2014). *El ABC de los juicios orales en materia penal*. México: Biblioteca básica del abogado.
- Caro Coria, D. C. (2006). Las garantías constitucionales del proceso penal. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.

- Carrión Lanche, J. (2016). *JACQUELINE ALEXANDRA CARRION LANCHE*. Guayaquil: Universidad de Guaquil.
- Cassel, D. (2005). *El Sistema Procesal Penal de Estados Unidos*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castillo Cordova, L. (2007). *Causales de improcedencia de los procesos constitucionales*. Colombia: Gaceta Jurídica.
- Código Orgánico Integral Penal* (Registro Oficial núm. 180, ed.). (2014). Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008). Quito: Asamblea Nacional del Ecuador.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (22 de Noviembre de 1969). San José de Costa Rica: Organización de los Estados Americanos. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html> [Accesado el 16 Octubre 2021]
- Cordón Moreno, F. (1995). *Introducción al Derecho Procesal*. Pamplona: Eunsa.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Martínez Coronado Vs. Guatemala. (San José, Costa Rica. 21 de 11 de 2007).
- Corte Nacional de Justicia. (19 de 04 de 2022). *Corte Nacional de justicia*. Obtenido de <https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/index.php/noticias-2022/155-abril-2022/394-corte-nacional-de-justicia-presidencia-de-la-republica-y-ant-trabajan-en-una-propuesta-de-reforma-para-descriminalizar-las-infracciones-de-tránsito>
- Declaración Universal de los Derechos Humanos*. (1948). París: Asamblea General de las Naciones Unidas. Obtenido de <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html> [Accesado el 26 Mayo 2022]
- Doig Díaz, Y. (2021). *La estrategia de defensa del investigado y sus consecuencias en el proceso penal*. IUS Veritas: IUS Veritas.
- Encarnación-Díaz, A., Erazo-Álvarez, J., Ormaza-Ávila, D., & Narváez-Zurita, C. (2020). La Defensa Técnica del Procesado: Derecho a la Defensa y Debido Proceso. *Iustitia Socialis*, 533.
- Eser, A. (1987). La Posición Jurídica del Inculpado en el Derecho Procesal Penal de la República Federal Alemana. *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, sn.
- Ferrajoli, L. (1989). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta.
- Garrido Suárez, H. (2012). *Confiabilidad y Abogacía: Principios Deontológicos*. Anuario de Filosofía del Derecho.

- González Obregón, D. (2016). *Manual Práctico del Juicio Oral*. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch.
- González Sarango, A. (2019). *La Vulneración del Derecho a la Defensa en el Procedimiento Directo*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Guerrero Dávila, G. (2015). *Universidad Simón Bolívar*. México D.F.: Patria. Obtenido de Metodología de la investigación.: <https://ezproxy.unisimon.edu.co:2258/es/ereader/unisimon/40363?page=20>.
- Hernández Rengifo, F. (2012). El Derecho a la Defensa. *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo*. Obtenido de El derecho de defensa eficaz, forma parte del contenido constitucionalmente.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista. (2010). *Metodología de la Investigación*. Lima: McGraw Hill.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. (2013). Universidad Autónoma de México.
- Jauchen, E. (2005). *Derechos del Imputado en el Sistema Acusatorio Adversarial*. Santa fé: Rubinzal- Culzoni.
- Jauchen, E. (2014). *Estrategias de la Litigación Penal Oral*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- Leible, S. (1999). *Proceso Civil Alemán*. Biblioteca Jurídica Dike.
- Levene, R. (2007). *Manual de Derecho Procesal Penal* (Vol. I). Buenos Aires: Depalma.
- Ley Orgánica de la Defensoría Pública*. (2021). Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador.
- Maier, J. (1996). *Derecho Procesal Penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Mullo Quinche, E. (2018). *Las Garantías del Debido Proceso y el Derecho a la Efectiva Defensa Técnica del Procesado en el Procedimiento Directo*. Ambato: Uniandes.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. (1966). Asamblea General de las Naciones Unidas.
- Pratt, C. (2017). *Curso Básico sobre Sistema Penal Acusatorio*. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell.
- Quintero, V. (2016). *Temas de Dereho Penal y Violación de Derechos Humanos*. Madrid: House legal.
- Reinoso Hermida, A. (2000). *El Juicio Acusatorio Oral en el Nuevo Código de Procedimiento Penal*. Quito: Universidad de Cuenca.

- Rosillo, V. (2017). *Poder del Derecho/ La defensa material y defensa técnica*. Obtenido de <http://poderdelderecho.com/la-defensa-material-y-la-defensa-tecnica/>
- Roxin, C. (2017). Introducción a la Ley Procesal Penal Alemana. *Nuevo Foro Penal*. Obtenido de <https://publicaciones.eafit.edu.co/index.php/nuevo-foro-penal/article/view/4538>
- Santacruz Morales, D., & Santacruz Fernández, R. (2016). La importancia de la teoría del caso. *Revista de investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría*.
- Schünemann, B. (2007). *¿El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos!* Bogotá: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia. Obtenido de <https://publicaciones.uexternado.edu.co/gpd-el-derecho-penal-es-la-ultima-ratio-para-la-proteccion-de-bienes-juridicos-9789587101867.html>
- Sendra, G., & Doig, Y. (2010). El Derecho a la Defensa Procesal Eficaz. *El debido proceso.*, 119. Obtenido de https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/el_debido_proceso__1__1_.pdf
- Sentencia Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador (Corte Interamericana de Derechos Humanos 05 de 10 de 2015).
- Sentencia No. 2195-19-EP/21, CASO No. 2195-19-EP (Corte Constitucional del Ecuador 17 de 11 de 2021). Obtenido de http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUUnLCB1dWlkOidlMDgzYWY3MS0xNzhmLTQ2ODEtODJjOS04OTBmMmZlMmNkZWYucGRmJ30=#:~:text=Durante%20el%20proceso%2C%20toda%20persona,ser%20asistido%20por%20un%20defensor
- Sentencia No. 27-2011, Juicio No. 81-2009 B.T.R (Corte Nacional de Justicia de Ecuador 2011).
- Torres Zárate, F. y. (2008). Common Law: una reflexión comparativa entre el sistema inglés y el sistema estadounidense. *Alegatos. Sección Artículos de Investigación*.
- Trujillo, C. (2007). *La prueba en materia penal*. Salamanca .
- VIII Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente*. (27 de 08 de 1990). La Habana: Naciones Unidas. Obtenido de https://www.unodc.org/documents/congress//Previous_Congresses/8th_Congress_1990/024_ACONF.144.19_United_Nations_Norms_and_Guidelines_in_Crime_Prevention_and_Criminal_Justice_S.pdf

- Vogler, R. (2008). *Los Caminos de la Justicia. Una Visión Mundial del Procedimiento Criminal*. Aldershot: Ashgate.
- Yagual Villao, V. (2017). *La Vulneración del Derecho a la Defensa en la Apertura de una Investigación Previa*. Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Zaffaroni, E. R. (2006). *Manual de Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires: Ediar.
- Zambrano Pasquel, A. (2005). *Proceso Penal y Garantías Constitucionales*. Guayaquil: Universidad Católica Santiago de Guayaquil.
- Zambrano Pasquel, A. (2009). *Manual de práctica procesal*. Lima: ARA Editores.
- Zambrano Pasquel, A. (2011). *Del Estado Constitucional al Neoconstitucionalismo*. Perú: Edítex S.A.
- Zapatero, V. (2009). *El Arte de Legislar*. Thomson: Aranzadi.
- Zavala Baquerizo, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil.: Edino.
- Zavala, J. (2016). *Introducción al COGEP. La prueba*. Perú: Primera.

ANEXOS

Cuestionarios para jueces de garantías penales.

1. ¿Qué opinión le merece a usted la formulación de cargos realizada por el fiscal, cuenta con los elementos suficientes para realizarla?

2. ¿En su experiencia, le han solicitado audiencia de formulación de cargos sin que el procesado haya presentado elementos de descargo durante la investigación previa?

3. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal y por ende la carga procesal en las unidades judiciales? ¿Las solicitudes de archivos realizadas a su autoridad, han demostrado lo preguntado anteriormente?

4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?

5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?

6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?

Cuestionarios para fiscales de lo penal.

1. ¿En su experiencia, usted que postura debe mantener la defensa técnica del denunciado (activa o pasiva) para coadyuvar a la investigación previa?

2. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal?

3. ¿Las solicitudes de archivos realizadas por usted, han demostrado lo preguntado anteriormente?

4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?

5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?

6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?

Cuestionario para defensores públicos.

1. En la mayoría de las ocasiones, ¿Cuándo usted mantiene una postura (activa o pasiva) en la investigación previa, como patrocinador del sospechoso?

2. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal?

3. ¿Las solicitudes de archivos realizadas por usted, han demostrado lo preguntado anteriormente?

4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?

5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?

6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?

Cuestionario de abogados litigantes.

1. En la mayoría de las ocasiones, ¿Cuándo usted mantiene una postura (activa o pasiva) en la investigación previa, como patrocinador del sospechoso?

2. ¿Usted creería que aplicando una defensa técnica activa durante la fase pre procesal se evitaría la apertura de un proceso penal?

3. ¿Las solicitudes de archivos realizadas por usted, han demostrado lo preguntado anteriormente?

4. Considera que la formulación de cargos debería resolverse por medio de providencia judicial, sin audiencia debido a que la defensa no puede oponerse a la formulación de cargos, convirtiéndose esta audiencia en un mero trámite que en algunas ocasiones dilata el proceso penal, ¿vulnera el principio de contradicción?

5. ¿Usted considera que los jueces deberían controlar la formulación de cargos como un mecanismo de garantías del debido proceso?

6. ¿Qué opinión tiene del derecho de repetición, para los funcionarios públicos que por su mal actuar, omisión o negligencia han vulnerado el debido proceso?

Guaranda, 23 de agosto de 2022

Ing.
RODRIGO DEL POZO DURANGO
Director de Posgrado y Educación Continua
En su despacho

De mi consideración:

En mi calidad de Tutora de la maestrante OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE, portador de la cédula de ciudadanía No. 1104300841, me permito adjuntar la certificación de originalidad del trabajo de titulación denominado: "La Defensa Técnica Activa en la Investigación Previa dentro del Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano", mismo que de acuerdo al sistema de antiplagio urkund refleja un plagio de 5 %.

Por lo expuesto y por encontrarse dentro del parámetro establecido por la Universidad Estatal de Bolívar, el presente trabajo de titulación es aceptable para su presentación y trámite respectivo ante las instancias correspondientes.

Con los sentimientos de alta consideración y estima, suscribo atentamente,

MARIA DEL MAR
GALLEGOS
ORTIZ

Firmado digitalmente por
MARIA DEL MAR GALLEGOS
ORTIZ
Fecha: 2022.08.23 14:25:50
-05'00'

Dra. María Del Mar Gallegos Ortiz MsC.
Cédula: 1711451847
Correo: maria.gallegos@ueb.edu.ec
Celular: 0998774081

URKUND

Documento [IESIS LISSETTE PINTO URKUND.docx \(D14244537\)](#)

Presentado 2022-07-26 18:01:14:05:00

Presentado por olga.pinto@ueb.edu.ec

Recibido maria.gallegos.leb@analisis.irkund.com

Mensaje [Mostrar el mensaje completo](#)

5% de estas 47 páginas, se componen de texto presente en 28 fuentes.

Lista de fuentes Bloques

Categoría	Enlace/nombre de archivo
	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil / D13314173
	Universidad Central de Ecuador / D47706:82
	Pontificia Universidad Católica del Ecuador / D20970915
	Universidad Metropolitana / D15050748
	Universidad Metropolitana / D15050765
	Pontificia Universidad Católica del Ecuador / D12464947
	Universidad Metropolitana / D54526923

100%

Archivo de registro URKUND: UNIVERSIDAD ESTATAL PENINSULA DE SANTA ELENA / D14244537

No se pueden mostrar el contenido del documento de origen

Posibles razones:

1. El documento se guarda en la sección URKUND Partner y aparece como inaccesible. Si usted no posee este llave, tiene que comprarlo por medio del proveedor.
2. El autor ha eximido el documento como fuente visible en el Archivo URKUND.

Remitente y receptor de información está disponible con solo pasar el puntero del ratón sobre el nombre de la fuente anterior.

100%

#1 Activo

RTADA

UNIVERSIDAD ESTATAL DE BOLIVAR

DIRECCIÓN DE POSGRADO Y EDUCACIÓN CONTINUA

TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MAGISTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN LITIGACIÓN PENAL

TEMA:

"LA DEFENSA TÉCNICA ACTIVA EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA DENTRO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO ECUATORIANO".

INVESTIGADORA OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE

DOCENTE TUTORA DRA. MARIA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ MSc.

GUARANDA-ECUADOR

2021-2022.

CERTIFICACIÓN DE AUTORÍA Yo, DRA. MARIA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ MSc. en mi calidad de Tutora del Proyecto de Investigación como modalidad de titulación contemplado legalmente en el Reglamento de Admisión, Variación, Permanencia / Graduación en Programas de Posgrado y Educación Continua de la Universidad Estatal de Bolívar designado por el Comité Académico de Posgrado y ratificado mediante Resolución de Comisión Académica de la Universidad, bajo juramento CERTIFICO: que la señorita OLGA LISSETTE PINTO BUSTAMANTE, egresada de la Universidad Estatal de Bolívar, Maestra en Derecho con mención en Litigación Penal, ha cumplido con los requerimientos del proyecto de investigación previo a la obtención del título de Magister en Derecho con mención en Litigación Penal, con el

tema: "LA DEFENSA TÉCNICA ACTIVA EN LA INVESTIGACIÓN PREVIA DENTRO DEL SISTEMA ORAL ACUSATORIO ECUATORIANO";

MARIA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ

Firmado digitalmente por MARIA DEL MAR GALLEGOS ORTIZ

Fecha: 2022.07.29 09:09:30 -05'00'