



*La defensa técnica activa en la investigación previa dentro del sistema oral
acusatorio ecuatoriano*

*The active technical defense in the prior investigation within the Ecuadorian oral
accusatory system*

*A defesa técnica ativa na investigação prévia no âmbito do sistema acusatório
oral equatoriano*

Olga Lissette Pinto Bustamante ^I
olgapinto.bustamante@hotmail.com
<https://orcid.org/0009-0008-5587-5783>

Washington Rene Astudillo Orellana ^{II}
rastudillo@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0002-5085-6099>

Correspondencia: olgapinto.bustamante@hotmail.com

Ciencias Sociales y Políticas
Artículo de Investigación

* **Recibido:** 30 de octubre de 2023 * **Aceptado:** 20 de noviembre de 2023 * **Publicado:** 01 de diciembre de 2023

- I. Universidad César Vallejo, Chiclayo, Perú.
- II. Universidad César Vallejo, Chiclayo, Perú.

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. 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 investigation is to establish the exercise of active technical defense during the previous investigation, in order not to unnecessarily activate the punitive body of the State. For this purpose, a descriptive and explanatory research was carried out, with a qualitative approach, for this the dogmatic legal analysis applied to the right to defense from jurisprudence, constitutional and criminal law was presented, likewise a field investigation was carried out, through of interviews with 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 technical defense in the pre-procedural phase. This study constitutes an important critique to know what position or mode of defense to choose in the prior investigation within the Ecuadorian oral accusatory system.

Keywords: technical defense; Previous research; Tax instruction; Ecuadorian accusatory oral system; Criminal litigation.

Resumo

O objetivo desta investigação é estabelecer o exercício de defesa técnica ativa durante a investigação anterior, a fim de não acionar desnecessariamente o órgão punitivo do Estado. Para

tanto, foi realizada uma pesquisa descritiva e explicativa, com abordagem qualitativa, para isso foi apresentada a análise jurídica dogmática aplicada ao direito à defesa da jurisprudência, do direito constitucional e do direito penal, da mesma forma foi realizada uma investigação de campo, através de entrevistas com os sujeitos envolvidos na investigação preliminar: juízes, promotores, defensores públicos e advogados de julgamento, a fim de colher informações sobre o exercício ativo ou passivo da defesa técnica na fase pré-processual. Este estudo constitui uma crítica importante para saber que posição ou modo de defesa escolher na investigação prévia dentro do sistema acusatório oral equatoriano.

Palavras-chave: defesa técnica; Pesquisa anterior; Instrução tributária; Sistema oral acusatório equatoriano; Contencioso criminal.

Introducción

La presente investigación tiene como finalidad, analizar la excesiva carga procesal de los juzgados penales y fiscalías en la ciudad de Guayaquil, por ello, se delimitó el espacio a investigar, esto es la fase pre procesal penal, 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 artículo 580 del código orgánico integral penal. *Ut supra*, es importante señalar lo establecido en la norma suprema ecuatoriana en relación al derecho a la defensa técnica, misma que es una garantía básica del debido proceso, 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 que impiden que las personas inmersas en un proceso queden en indefensión en cualquier etapa del mismo, es decir, se protegen sus derechos 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.

Por otro lado, se analizan las 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 es la criminología, ciencias forenses y seguridad ciudadana, y como metodología se aplicó la investigación descriptiva, y de campo con enfoque cualitativo, mediante entrevistas a jueces, fiscales, defensores públicos y abogados litigantes.

Sistema Oral Acusatorio Ecuatoriano

Como análisis histórico se indica que, con respecto a la Administración de Justicia ecuatoriana en el ámbito penal, como antecedentes existía 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.

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).

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:

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, 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 artículo 8 numeral 1, artículo 25 numeral 1 y artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la normativa suprema ecuatoriana se encuentra desde artículo 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.

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 natural 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.

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 delictivas 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.

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 artículo 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 artículo 3 de la norma penal 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, es por ello que dentro de los procesos penales y 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).

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).

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 acogiendo al derecho constitucional de guardar silencio que tiene el imputado.

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.

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 artículo 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 artículo 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).

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.

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, pudiendo 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.

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).

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 las realiza 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.

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 a aquello solicitar formulación de cargos al investigado, sino en el caso que el fiscal no cuente 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.

Las Modalidades de la Defensa Técnica 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 Imbrosca. (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 exculpatoria, 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.

Metodología de Investigación

Este estudio 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, 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 artículo 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.

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 preguntadas 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

Los Jueces de Garantías Penales entrevistados, tienen amplio conocimiento del inicio de la instrucción fiscal, y son 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.

Los Fiscales entrevistados, tienen conocimiento de las diligencias de la investigación previa y el inicio de la instrucción fiscal, y son los que 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 petitionar 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.

Los Defensores Públicos entrevistados, son 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.

Los Abogados Penalistas entrevistados, son los que ejercen 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. Este artículo está basado en un estudio de 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 artículo 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, 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.

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.

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

artículo 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 inculpado 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.

Referencias

- 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.
- Brieskorn, N. (1993). Filosofía del Derecho. Barcelona: Herder.
- Carbonell, M. (2014). El ABC de los juicios orales en materia penal. México: Biblioteca básica del abogado.

- 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]
- 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 Posicion Juridica del Inculpado en el Derecho Procesal Penal de la Republica Federal Alemana. Boletin 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.
- 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.
- Ley Orgánica de la Defensoría Pública. (2021). Quito: Asamblea Nacional de la República del Ecuador.
- Pratt, C. (2017). Curso Básico sobre Sistema Penal Acusatorio. Ciudad de México: Centro de Estudios Carbonell.
- Santacruz Morales, D., & Santacruz Fernández, R. (2016). La importancia de la teoría del caso. Revista de investigación en Derecho, Criminológica y Consultoría.
- 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 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/e2NhcNBlDGE6J3Ry

YW1pdGUnLCB1dWlkOidlMDgzYWY3MS0xNzhmLTQ2ODEtODJjOS04OTBmMmZ
IMmNkZWYucGRmJ30=#:~:text=Durante%20el%20proceso%2C%20toda%20persona,s
er%20asistido%20por%20un%20defensor

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.

Zambrano Pasquel, A. (2009). *Manual de práctica procesal*. Lima: ARA Editores.

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.

© 2023 por los autores. Este artículo es de acceso abierto y distribuido según los términos y condiciones de la licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA 4.0) (<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>).