

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría Profesional en Derecho Penal

El desempeño de la defensoría penal de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio

Máximo de Ferrer Ortega Vintimilla

Tutor: Christian Masapanta Gallegos

Quito, 2019



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Máximo de Ferrer Ortega Vintimilla, autor del trabajo intitulado "El desempeño de la defensa penal de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio" mediante el presente documento de constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Master profesional en derecho Penal en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en Internet.

2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor/a de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.

3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

26 de Junio de 2019

Firma: _____

Resumen

Esta tesis propone, dentro del sistema acusatorio que rige en nuestra legislación penal, investigar y evaluar el desempeño de la defensa penal de los procesados en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito del D.M. de Quito, para lo cual es necesario conocer en qué consiste el derecho constitucional de defensa, el debido proceso, la defensa material y técnica, la de forma y fondo, los principios procesales penales que sirven para aplicar esta defensa dentro de la precitada audiencia, que tendrá como marco interdisciplinario al derecho penal, procesal penal y constitucional y como guía la teoría garantista de Ferrajoli. Entonces, en base a esta teoría se va a analizar si el procesado recibe o no una defensa eficiente, si está amparado, sobre todo, por el principio de contradicción, conocido como de defensa, que es de suma importancia para lograr algún equilibrio, cierta igualdad, con la actuación de la fiscalía (órgano de persecución y al servicio del poder punitivo del Estado), por consiguiente, determinar si se cumplen las garantías básicas dentro del debido proceso, como aquella de que el procesado no podrá ser privado del derecho a la defensa en esta etapa del procedimiento, o que debe contar con los medios adecuados para la preparación de su defensa. Así pues, se busca establecer si, por ej., después del dictamen fiscal acusatorio, en donde se evalúa si los hechos constituyen o no delito, si los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía fueron o no suficientes para presumir la existencia del delito o participación del procesado, o si existió alguna causa de exclusión de la antijuridicidad, todo ello con miras a que la defensa penal del procesado logre el sobreseimiento del acusado, es decir, evitar que éste sea llamado a juicio.

Palabras clave: derecho a la defensa, defensa penal, audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, debido proceso.

A mi esposa e hijas. A la naturaleza, porque también tiene sentimientos.

Tabla de contenidos

Introducción.....	15
Capítulo primero: El derecho de defensa en el Sistema penal acusatorio.....	19
1.- Derecho a la defensa como derecho constitucional.....	24
2.- Principios procesales que rigen el derecho de Defensa penal.....	28
2.1.- Dignidad Humana.....	31
2.2.- Principio de Legalidad.....	33
2.3.- Presunción de Inocencia.....	37
2.4.- Favorabilidad y Duda a favor del reo.....	40
2.5.- Igualdad.....	42
2.6.- Oralidad.....	43
2.7.- Contradicción.....	45
3.- Garantías básicas del debido proceso en la defensa penal en la realidad jurídica ecuatoriana.....	46
3.1.- Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.....	50
3.2.- Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.....	50
3.3.- Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.....	51
3.4.- Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.....	52
3.5.- En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.....	53

3.6.- Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.....	54
4.- La institución de la defensa penal.....	56
4.1.- Defensa material y defensa técnica.....	60
4.2.- La Defensa penal privada y la pública.....	64
4.3.- Defensa penal de forma y de fondo.....	68
Capítulo segundo: La Etapa de evaluación y preparatoria de juicio en el COIP.....	75
1.- Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.....	78
1.1. La evaluación del cumplimiento del debido proceso	81
1.1.1.- Requisito de procedibilidad.....	83
1.1.2.- Cuestión prejudicial.....	85
1.1.3.- Cuestión de competencia.....	86
1.1.4.- Cuestión de procedimiento.....	88
1.2.- Evaluación de dictamen fiscal acusatorio.....	89
1.3.- La preparación del juicio.....	92
1.3.1.- Anuncio de pruebas.....	93
1.3.2.- Exclusión de pruebas.....	94
1.3.3. Acuerdos probatorios.....	97
1.4.- Sobreseimiento o llamamiento a juicio.....	99
1.4.1.- Sobreseimiento.....	100
1.4.2.- Llamamiento a juicio.....	102
2. El desempeño de la defensa penal de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito en base a las fichas de observación de las actas del trimestre enero-marzo del 2018 y a las entrevistas a diferentes actores del proceso penal.....	103
2.1.- El desempeño de la defensa penal de los procesados en torno al cumplimiento del debido proceso, al dictamen fiscal acusatorio y a la preparación del juicio, en base al estudio de las fichas de observación de las actas del trimestre enero-marzo del 2018.....	107
2.2.- El desempeño de la defensa penal de los procesados, en consideración a las entrevistas realizadas a los diferentes actores del proceso penal: jueces, fiscales, abogados públicos y/o privados y procesados.....	109
2.3.- Resultados.....	111

Conclusiones.....	133
Bibliografía.....	139

Abreviaturas

CRE: Constitución de la república del Ecuador

COIP: Código Orgánico Integral Penal

CPP: Código de Procedimiento Penal

COGEP: Código Orgánico General de Procesos

COFJ: Código Orgánico de la Función Judicial

AEPJ: Audiencia de Evaluación y Preparatoria de Juicio

Introducción

Corría el año 1995 cuando el señor Daniel Tibi fue apresado en la ciudad de Quito por agentes de la Interpol, pero sin orden judicial y “[...] con una sola prueba que consistía en la declaración de un coacusado [...] ante el Fiscal rindió su declaración preprocesal, sin la presencia de juez ni de abogado defensor [...] estuvo sin defensa letrada durante un mes, pese a que en el auto cabeza de proceso se le había designado un defensor de oficio [...]”,¹ por tanto, el precitado ciudadano nunca contó con una defensa penal; se le vulneraron sus derechos constitucionales, los mismos que posteriormente, ante las instancias internacionales, fueron subsanados.

Aparte de este tipo de situaciones, también se presentan otras, en las que un sospechoso de una infracción, o un imputado, si bien ha contado con la presencia de un abogado, la defensa penal no ha sido eficiente. No en vano Piero Calamandrei decía que “el abogado defensor representa mucho para quienes reciben todo el peso del poder penal estatal [...] la función de los abogados es precisamente la de impedir, que en nombre de un sacro terror a los tribunales, los que deban atravesar esa instancia, se dejen sacar hasta la camisa”.²

De lo anterior se advierte la gran importancia que tiene la defensa penal de los imputados, en sus diferentes etapas del proceso penal, a tal punto que se lo considera como un derecho humano fundamental, con rango constitucional, con lo cual se aspira a equilibrar las fuerzas con la actuación por parte de la fiscalía (órgano de persecución y al servicio del poder punitivo del Estado), todo ello conduciría a garantizar el debido proceso en lo penal.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi Vs. Ecuador*, párr. 90, http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.

² Piero Calamandrei, “Il proceso como gioco”, en *Rivista di diritto processuale*, vol. 5, parte I, Cedam, Padua, 1950, p. 23-51, citado por Pedro Javier Granja, “Ausencia de Defensa Técnica: Causal de Nulidad Procesal” en *Derechoecuador.com*, 2016, en <https://www.derechoecuador.com/ausencia-de-defensa-tecnica-causal-de-nulidad-procesal>.

Ahora, el desempeño de la defensa penal, a veces, no suele ser el esperado: quizá no viene acompañado de una adecuada defensa técnica. En algunas audiencias de evaluación y preparatorias de juicio se han presentado casos en que los procesados han sido llamados a juicio por parte del juez de garantías penales, pero sin que éste necesitase hacer un mayor análisis y debate jurídico, quizá debido a la poca eficiencia de la defensa penal de los procesados; claro que los abogados, de vez en cuando, consiguen a favor de aquellos la declaración de un sobreseimiento, o la nulidad por indefensión, debido a que no se ha respetado la garantía constitucional del derecho de defensa del procesado, pero más que por mérito lo ha sido porque, por ejemplo, la actuación del fiscal ha sido mala, o porque el juez, en la investigación preprocesal o en la instrucción no ha vigilado adecuadamente el debido proceso.

Asimismo, se presentan situaciones en las que, una vez que el fiscal emite su dictamen acusatorio, los defensores de los procesados, quizá por desconocimiento, no utilizan la teoría del delito para refutar dicho dictamen. Lo mismo ocurre cuando se pide el anuncio y exclusión de pruebas, que forma parte de este tipo de audiencias, pues, parecería que adolecen de conocimientos en materia procesal penal e incluso constitucional.

Así pues, se pretende conocer si lo mencionado *ut supra* podría ser un problema que tiene que ver con el desempeño de los defensores penales de los procesados. Entonces, el objetivo de esta investigación es evaluar el desempeño de la defensa penal de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio. Cabe señalar que lo concerniente a la defensa penal dentro del sistema acusatorio, a diferencia del inquisitivo, es un tema contemporáneo del que ya se ha escrito en una buena cantidad; pero, en el presente caso, esta investigación sobre el desempeño de la defensa de los procesados, que tendrá como marco interdisciplinario al derecho penal, procesal penal y constitucional, se medirá dentro de las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito; así pues, la pregunta central es: ¿en qué medida el desempeño de la Defensa penal de los procesados ha sido eficiente en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito durante el trimestre enero-marzo del 2018? y como hipótesis se tiene: El desempeño de la Defensa penal de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito durante el trimestre enero-marzo del 2018 ha sido ineficiente.

La presente investigación está enfocada por el garantismo penal de Ferrajoli, paradigma que “[...] se corresponde con la noción de un derecho penal mínimo, que intenta poner fuertes y rígidos límites a la actuación del poder punitivo del Estado”,³ y que tiene presencia en el Código Orgánico Integral Penal (COIP), en el sistema adversarial acusatorio que rige en nuestro ordenamiento jurídico penal actual, con lo cual se da importancia a los derechos constitucionales, a los principios penales, sobre todo los procesales, y así lograr que la defensa de los procesados alcance un cierto equilibrio con la acusación dentro de los procesos. Entonces, con esta base teórica se va a analizar si el procesado recibe o no una defensa eficiente en las precitadas audiencias, esto es, si está o no amparado por el principio de contradicción, conocido como de defensa o de refutación.⁴

Esta tesis consta de dos capítulos. En el primero se estudiará la parte teórica, esto es, lo concerniente al derecho de defensa dentro sistema acusatorio que rige actualmente en la legislación penal ecuatoriana, lo que implica que se analizará el derecho constitucional a la defensa, así como sus principios procesales: oralidad, contradicción y más. Pero si se aspira a conocer luego cuál es el desempeño de la defensa penal de los procesados se estudiará también lo relacionado con sus garantías básicas dentro del debido proceso, entre ellas, aquella que señala de que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. Con este antecedente se podrá analizar a la institución de la defensa penal: defensa material, técnica, defensa de forma, de fondo. Posteriormente, en un segundo capítulo se establecerá en qué consisten las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio, los tres momentos o controles por los que atraviesa: La evaluación del cumplimiento del debido proceso, esto es, el requisito de procedibilidad, cuestión prejudicial y más; la evaluación de dictamen fiscal acusatorio: que los hechos no constituyen delito (ej. ausencia de acción u omisión), sobre los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía no fueron suficientes para que se pueda presumir la existencia del delito o participación del procesado (ej. tipicidad), y sobre la existencia de alguna causa

³ Luigi Ferrajoli, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías* (México: CNDH, 2006) 29, citado por Miguel Carbonell, “¿Qué es el garantismo?”, párr. 4, http://www.miguelcarbonell.com/docencia/Qu_es_el_garantismo_Una_nota_muy_breve.shtml.

⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Edit Trotta, 2014), 93.

de exclusión de la antijuridicidad; y la preparación del juicio: anuncio y exclusión de pruebas.

Finalmente, como subcapítulo, para poder establecer en qué medida el desempeño de dicha defensa penal ha sido eficiente o no, en base a la obtención y análisis de resultados, me servirán los métodos cuantitativo y cualitativo. En efecto, sobre la eficiencia, relacionada con la cantidad, se utilizará la técnica de análisis documental y su instrumento las fichas de observación (con esta técnica también se podría obtener información cualitativa, se la utilizará en la medida de lo posible en el análisis de los resultados) y en lo cualitativo, la técnica de obtención de información con su instrumento la entrevista a diferentes actores del proceso penal: jueces, fiscales, abogados públicos y/o privados y procesados. La fuente de los datos para esta investigación se la obtendrá en la Unidad Judicial ya mencionada, en las actas de las audiencias realizadas en esta en el trimestre enero-marzo del 2018, y las entrevistas se las obtendrán de los actores que laboran o están relacionados con dicha Unidad.

Capítulo primero

El derecho de defensa en el Sistema penal acusatorio

En el sistema jurídico iberoamericano (romano), influenciado por la filosofía *ius positivista*, cuyo derecho de preferencia se nutre de las leyes, de las normas jurídicas escritas, sin lugar a dudas que cada vez más cobra importancia el sistema penal acusatorio.⁵ Si bien, “[...] han sido dos los sistemas procesales penales, que en orden de origen han sido llamados acusatorio e inquisitivo, mediante los cuales se ha ejercitado el *ius puniendi* del Estado [...]”;⁶ y que luego, apareció el sistema mixto, mezcla de los dos anteriores, es el primero, sobre todo gracias a la oralidad, el que mejor se adaptó al momento jurídico procesal actual que requería de asegurar un proceso de forma correcta y de adecuar un procedimiento penal a un derecho sustantivo con normas penales en constante cambio.⁷

Fue 1999 el año en el que el Congreso Nacional de Ecuador aprobó dentro de su ordenamiento jurídico el nuevo Código de Procedimiento penal, publicado el 13 de enero del 2000, con el que se pasó del sistema inquisitivo al acusatorio, y esto debido a disposiciones de la anterior constitución de 1998⁸; así pues, se pudo implementar en dicho código, ya derogado, la acusación con base en la oralidad, que se lo mantiene hasta la actualidad con el Código Orgánico Integral Penal (COIP), que entró en vigencia en el 2014, y en el que la fiscalía se convirtió en la titular de la acción penal

⁵ Antonio Luis González Navarro, *Sistema de juzgamiento penal acusatorio* (Bogotá: Edit. Leyer, 2005), 8, citado por José Antonio Neyra Flores, *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral* (Lima: Edit. Idemsa, 2010), 60. Según el autor “El nombre del sistema se justifica por la importancia que en aquel adquiere la acusación, ella resulta indispensable para que se inicie el proceso, pues el acusado debe conocer detalladamente los hechos por los cuales se le somete a juicio”.

⁶ Javier Antonio Villanueva Meza, *El Principio de oportunidad Justicia Restaurativa, transicional y transaccional –mediación penal y conciliación civil- en el Sistema penal acusatorio* (Medellín: Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011), 288

⁷ Históricamente, el sistema acusatorio apareció con anterioridad al inquisitivo, lo hizo en Grecia y Roma, aunque, en la Edad Media, fue reemplazado por éste debido a la fuerte presencia del derecho canónico, de la Inquisición Católica.

⁸ Ecuador, *Código de Procedimiento penal*, Registro Oficial Suplemento 360 de 13 enero 2000.

pública. Así pues, podríamos conceptualizar al sistema acusatorio como el “[...] 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 un juez según su libre convicción”,⁹ y a su vez la oralidad es un instrumento o facilitador de los otros principios y garantías que estructuran el sistema procesal penal, y que buscan ser eficaces; por tanto, a la hora de escoger entre un sistema oral y uno escrito, no se debería discutir sobre cuestiones ideológicas sino pragmáticas.¹⁰

Ahora bien, es necesario determinar si el sistema acusatorio ecuatoriano va en la línea del concepto de garantía, del cual se menciona se ha incorporado en el derecho penal y que alude “[...] a los diversos principios del debido proceso del encausado y la tutela de sus derechos a la vida, integridad y libertad frente al poder punitivo del Estado”¹¹, si acoge o no la teoría propugnada por Luigi Ferrajoli del garantismo penal cuyo objetivo es tutelar los derechos fundamentales, la defensa de los débiles a través de reglas del juego iguales para todos, la dignidad de los procesados, la garantía de su libertad mediante el respeto de su verdad, con lo cual se hace aceptable para todos, incluidos los reos e imputados, el derecho penal;¹² o si este sistema acusatorio aún cuenta (Libro II COIP) con rezagos del sistema inquisitivo, a más de ser punitivista.¹³

En la exposición de motivos del COIP se indica que el derecho penal, respecto de los derechos de las personas, al parecer tiene una doble función, pero contradictoria: protege derechos cuando se trata de las víctimas, y también los restringe cuando la

⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 564.

¹⁰ Daniel González Álvarez, “La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal” (Conferencia de Seminario Internacional sobre Oralidad, Santiago, 1995), citado por Simón Valdivieso, *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal COIP* (Cuenca: Edit. Ediciones jurídicas Carpol, 2017), 15.

¹¹ Agustín Grijalva Jiménez, *Constitucionalismo en Ecuador* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, CEDEC, 2011), 239.

¹² Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 335, 336.

¹³ Si nos referimos a la estructura, el sistema procesal es acusatorio adversarial, y respecto del garantismo, que lo es a partir de la Constitución del 2008, no está presente de manera exclusiva en la parte adjetiva procesal (Libro II) sino que está inmersa en todo el COIP: en la parte relativa a las Garantías y Principios Generales (Libro Preliminar); también lo está en la parte sustantiva (Libro I): proporcionalidad de delitos y penas, bien jurídico protegido (lesividad), pero también lo está en la Ejecución (Libro III): Sistema Nacional de Rehabilitación Social, protección de los derechos de las personas privadas de libertad, su rehabilitación integral en su condena, cumplimiento de políticas de reinserción social y económica. Vid. *COIP.*, art 672 y 673, *CRE*, art. 201.

persona se encuentra en conflicto con la ley penal;¹⁴ no obstante, Ramiro Ávila Santamaría sostiene que el COIP tiene dos caras en el mismo cuerpo: el garantismo, que busca la aplicación mínima y excepcional del sistema penal y que tiene como principio guía la presunción y el trato de inocente de toda persona, y el punitivismo, cuyo principio básico es la presunción de la culpabilidad, y que lo ideal es que prevalezca la mirada garantista en la que los operadores de justicia tienen el deber de procurar la interpretación y aplicación garantista de las normas del COIP¹⁵ (tener una posición garantista no significa estar a favor de la impunidad, pues, lo que se aspira es controlar los abusos del sistema punitivista).

Al sistema acusatorio no se lo podría considerar como un reflejo del garantismo, el cual influenció en la Constitución de Montecristi y que facilitó la aplicación directa de la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos en materia penal: principio de proporcionalidad, prohibición de autoincriminación, mínima intervención penal,¹⁶ pues, no lo es, y ello debido a la presencia del procedimiento abreviado, a las técnicas especiales de investigación que permite al agente encubierto “cometer delitos” so pretexto de investigar, o la cooperación eficaz que rompe todo el procedimiento adversarial y público, o a la prohibición de la sustitución de la prisión preventiva cuando la infracción es sancionada con pena privativa de libertad superior a cinco años; o a las actuaciones de la fiscalía en la investigación previa (herencia de la fase inquisitiva: reservada y sin escrutinio público), en donde el fiscal es juez y parte, pues, tiene la potestad para decidir si instruye o no un juicio, o a la instrucción fiscal (donde también hay rasgos del sistema inquisitivo), cuando en la ley penal se indica que el procesado podrá presentar al fiscal los elementos de descargo (Art. 596 del COIP), o que los sujetos procesales podrán solicitar al fiscal que disponga la práctica de pericias (Art. 598 *Ibidem*) con lo cual irónicamente el procesado le pide prueba a su acusador.¹⁷ Por

¹⁴ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial No. 180, 10 febrero 2014, tercera exposición de motivos.

¹⁵ Ramiro Ávila Santamaría, “El código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista”, en Ramiro Ávila, compilador, *Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor comprensión y aplicación. Serie Estudios Jurídicos, n° 37* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2015), 23 y ss.

¹⁶ CRE, arts. 76.6, 77.7.c y 195.

¹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, “El código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista”, 23 y ss.

consiguiente, aún falta mucho para considerar al sistema acusatorio como un fiel reflejo del garantismo penal.

De otro lado, en este capítulo estudiaré el derecho de defensa dentro del sistema acusatorio, con base en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) del 2008 y el actual COIP, y en consideración a los principios procesales que rigen el derecho de Defensa penal, a las garantías básicas del derecho al debido proceso concerniente a la defensa penal; así como algunos aspectos jurídicos de la institución de la defensa penal: formas, manifestaciones, que tendrá como escenario a las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio (AEPJ), para lo cual se estudiará algunos conceptos relativos a estas audiencias, su finalidad, todo esto servirá para, en el posterior capítulo, analizar el desempeño de la defensa penal en las mismas.

Bien, para que exista defensa debería haber un ataque, para hablar de reacción tiene que haber una acción, y en el caso de la Defensa penal debería presentarse de por medio un ataque penal. En verdad, en el plano procesal “[...] la defensa es reconocida como un derecho frente a un ataque previo de carácter jurídico, que específicamente en el proceso penal está constituido por la imputación o atribución a una persona determinada de la comisión de un hecho presuntamente delictivo”¹⁸. Pero también, para hablar de defensa penal en el sistema acusatorio, esto es de la parte procesal integrada por dos sujetos procesales: el procesado y su abogado defensor,¹⁹ se requiere de la presencia de la fiscalía, titular de la acción penal pública, que es la encargada de investigar una presunta infracción y responsabilidad de una persona en el hecho, y acusar cuando ha recabado los elementos de convicción necesarios que le hacen considerar que existe un delito y que una persona es responsable del mismo, en tal o cual grado de participación, pero también se requiere de un juez, pues, la CRE establece que en los procesos en donde se determine cualquier tipo de derechos y

¹⁸ Carocca Perez, Alex, *Manual el Nuevo sistema procesal penal* (Chile: Edit. Lexis Nexis, 2005), 85, citado por Christian Norberto Hernández Aguirre, *El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio*, 24, en https://www.researchgate.net/publication/318714291_El_derecho_de_defensa_adecuada_en_el_sistema_penal_acusatorio

¹⁹ Cfr. Raúl Cárdenas Rioseco, *El derecho de defensa en materia penal, su reconocimiento constitucional internacional y procesal* (México: Edit. Porrúa, 2009), 10, y Alex Carocca Pérez, *Manual el Nuevo sistema procesal penal* (Chile: Edit. Lexis Nexis, 2005), 85, citado por Christian Norberto Hernández Aguirre, *El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio*, 24, en https://www.researchgate.net/publication/318714291_El_derecho_de_defensa_adecuada_en_el_sistema_penal_acusatorio.

obligaciones “(...) se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: [...] 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: [...] k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente [...]”,²⁰ por tanto, estos tres pilares son inseparables en el sistema acusatorio.

Paralelamente a lo que establecen los instrumentos internacionales de derechos humanos, así como a la CRE, en torno al derecho de la defensa, que lo analizaremos *infra*, la legislación penal ecuatoriana también hace eco respecto de que las personas dentro de las diferentes etapas del procedimiento penal cuenten con la presencia indispensable, necesaria de un defensor: “La defensa de toda persona estará a cargo de una o un abogado de su elección, sin perjuicio de su derecho a la defensa material o a la asignación de una o un defensor público [...]”,²¹ lo cual se relaciona con el Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ) donde se determina que “[...] la abogacía es una función social al servicio de la justicia y del derecho. Es garantía fundamental de toda persona ser patrocinada por un abogado de su libre elección”.²²

Así pues, al ser el procesado la parte más débil del proceso tiene el derecho a la defensa, pero a una constitucional y que sea efectiva y real, es decir, estar amparado por el garantismo penal. Y dentro de este garantismo, sin duda, se debe dar mucha importancia al principio de contradicción, también llamado de la defensa o de la refutación y que se la conoce con la máxima latina *Nulla probatio sine defensione*²³. Pero, a veces, resulta que esto no se cumple y el mismo se ve perjudicado por una inadecuada defensa penal. El sistema acusatorio (adversarial) ecuatoriano tiene como base la oralidad, y en el caso de la defensa penal, al principio de contradicción, lo cual aspira aplicar dentro del proceso la igualdad de los sujetos procesales a la hora de presentar argumentos y buscar una equitativa valoración de los mismos.

²⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial No.449, 20 octubre 2008, art. 76.7, k.

²¹ *COIP*, art. 452.

²² Ecuador, *Código orgánico de la Función Judicial*, Registro Oficial No. 544, 9 de Marzo 2009, art. 323.

²³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 93.

Con estos presupuestos, posteriormente, se analizará lo referente al desempeño que tiene la defensa penal a favor de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio (AEPJ).

1.- Derecho a la defensa como derecho constitucional

Sostiene Carrara que la defensa no es privilegio de nadie, peor una concesión que es exigida por la humanidad, por la sociedad, sino más bien un auténtico derecho que nace con el ser humano, es esencial de la persona, es decir inalienable, fundamental.²⁴

En la Declaración de Derechos de Virginia, que sirvió de base para la declaración de independencia de los Estados Unidos de América, y que fue ratificado en la enmienda VI de su Constitución, en su artículo octavo se señala que: “[E]n todo juicio capital o criminal, un hombre tiene derecho a exigir la causa y naturaleza de la acusación, a ser confrontado con los acusadores y testigos, a solicitar pruebas a su favor, y a un juicio rápido por un jurado imparcial de su vecindad [...]”.²⁵ Lo anterior viene a ser un equivalente actual del derecho de defensa, en el que se da importancia al debido proceso, a la igualdad, al juicio imparcial y más, cuyos alcances se refieren no sólo al imputado dentro del proceso, sino también a otras personas que intervienen en él: actor civil, imputado como demandado civil y el tercero demandado civilmente; también estaría el caso de la defensa del querellado, para los casos de acción penal privada que se ejerce mediante querrela, y en la que el querellante reemplaza a la fiscalía (órgano de persecución penal pública). Al hablar de defensa, no necesariamente nos referimos sólo al relacionado con el poder penal estatal; la fórmula

²⁴ Francesco Carrara, *Programa de derecho criminal, parte general. T. II* (Bogotá: Edit. Temis, 1973), 457.

²⁵ “Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776”, *Derechos Humanos, Blog sobre Sociedad y derecho, Tendencias 21*, 2009, https://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776_a107.html.

es amplia, se refiere también al procedimiento civil, laboral o administrativo, pues, protege todo atributo de la persona: vida, libertad, patrimonio, trabajo.²⁶

La Constitución señala que: “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión [...]”,²⁷ con lo cual se deduce que el derecho a la defensa, esto es, a no quedar en indefensión, se extiende a todos los campos del derecho, lo que incluye al penal y dentro de este, a todas las audiencias que se presentan en las diferentes etapas de procedimiento penal.

El derecho de defensa tiene reconocimiento constitucional y universal, gracias a que la humanidad ha considerado al principio de presunción de inocencia como la base del debido proceso en lo penal; pero también se debe a que forma parte de los derechos políticos fundamentales de una sociedad democrática, derecho que está vinculado a la libertad la cual sirve de medio para la convivencia de una comunidad organizada en lo político, y, obviamente, al unirse el derecho de defensa con el principio de libertad forman una barrera sólida que impide la actuación arbitraria del Estado y los particulares, con lo cual se materializa el debido proceso y el derecho de defensa penal, éste, que a su vez se complementa con la garantía constitucional de libertad de expresión, de asociación y de libre ejercicio de la profesión de abogados.²⁸

Como consecuencia, el derecho de defensa penal se ve reflejado como una garantía no sólo en la constitución sino también en la ley penal (COIP), así como también en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos: Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Principios Básicos sobre la Función de los Abogados, etc., que expresan un amplio respeto a la dignidad del ser humano, y que han aportado con una serie de garantías, de contenidos esenciales relativos al derecho a la defensa penal del imputado o acusado: No ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa, contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, ser escuchado en el momento

²⁶ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal T. I. Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 541-545

²⁷ CRE, art. 75.

²⁸ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal. Una guía para enfrentar la práctica penal y el desarrollo científico del abogado penalista* (Bogotá: Edit. Temis S.A., 2012), 10.

oportuno y en igualdad de condiciones, ser asistido por un abogado de su elección o por un defensor público, derecho al juez natural, ser informado sin demora en un idioma que comprenda y en forma detallada de las causas de su acusación, hallarse presente en el proceso, interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo, no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable, a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad y más.²⁹

Claro que este derecho a la defensa penal, dispuesto en una ley ordinaria y en la Constitución, tiene su razón de ser debido a que es sobre la persona sometida al proceso en quien recae el poder punitivo del Estado, con todas las herramientas de que dispone: privación de la libertad, intervención en su vida privada, intervención en su cuerpo.³⁰ No es lo mismo la defensa que se ejerce en materia civil que en la penal, en la primera, los bienes jurídicos puestos en juego no son iguales que en la segunda, en esta son más valiosos, v.g. la vida; en el procedimiento penal se requiere de la presencia ininterrumpida del acusado en la audiencia de juzgamiento (principio de inmediación) y de esta forma pueda contradecir a testigos y peritos, probar, controlar la prueba del adversario, a diferencia del ámbito civil en el que basta con que se otorgue al demandado una oportunidad racional para ser oído, para controlar la prueba del adversario, y en donde no es necesario que esté en cuerpo presente.³¹ Así pues, el derecho de defensa del procesado “[...] comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe [...]”.³²

Vale señalar que en el ordenamiento jurídico penal de Ecuador, suele ocurrir que los procesos penales comienzan con el conocimiento de la posible existencia de un delito, *notitia criminis*, con lo cual, mediante providencia (investigación previa), se dispone la averiguación de los hechos, se realizan diligencias con miras a comprobar

²⁹ Vid. CRE, art. 76.7, COIP, art. 5, CADH y más instrumentos internacionales de derechos humanos.

³⁰ Fondo Justicia y Sociedad, USAID, Fundación Esquel, *Modelo integral de defensa penal*, (Quito: Edit. Fraga, 2005), 40.

³¹ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, 541, 542.

³² *Ibid.*, 547.

si la misma es o no veraz, así como determinar posibles implicados; pero resulta que, a veces, no aparece una persona a quien atribuir formalmente los delitos investigados, es decir a quien imputarlo, razón por la cual la defensa penal no podría actuar, pues, necesariamente se requiere la presencia de una persona imputada o a punto de serlo, y ello para que se pueda oponer argumentos y evidencias a imputaciones penales concretas.³³

Pero también ocurre que dentro de esta etapa investigativa aparece alguna persona sospechosa, implicada en algún hecho delictivo, a quien se le recepta su versión sin que sea asistida por un defensor penal, con lo cual se estaría violando el derecho a la defensa. Si bien la fiscalía, titular de la acción penal, dentro de esta fase, está facultada para realizar las diligencias, las investigaciones pertinentes con miras a determinar la presunta responsabilidad de una persona en un hecho delictivo, eso no quiere decir que deba valerse de métodos arbitrarios o de actuaciones que van contra la Constitución y la ley para obtener de un investigado o sospechoso una información incriminatoria; por tanto, si se da este tipo de situaciones, serían totalmente inconstitucionales e ilegítimas, razón por la cual se debería rechazarlas oportunamente, y si se la dejó avanzar la misma durante la instrucción fiscal, en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio es en donde se la debería excluir. Pero, también, sucede que en esta audiencia tampoco se la excluye y llega a la audiencia de juzgamiento, en donde al tribunal le toca excluir dicha versión, antes de que adquiera categoría de prueba testimonial.

Este derecho de defensa penal (al mismo tiempo sustantivo como adjetivo), que tiene respaldo en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que destaca la Ley Miranda³⁴, lo podemos observar en el proceso No. 0691-2015, por cohecho, en el que la Corte Nacional de Justicia de Ecuador, Sala Especializada de lo Penal,³⁵ cuando la Fiscalía General, en audiencia de juzgamiento,

³³ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 27, 28.

³⁴ Diccionario de Derecho Constitucional, T. II., G-H, Miguel Carbonell, Coordinador (México: Edit. Porrúa, 2009), 987-988. Esta ley conocida también como advertencia Miranda, se origina en sentencia del caso *Miranda vs. Arizona* (1966), emitida por la Corte Suprema de EE.UU. y que se refiere a la confesión que dio un detenido de apellido Miranda a la policía, la cual no fue aceptada como prueba por cuanto no fue informado de que estaba protegido por los derechos a guardar silencio, contar con el asesoramiento de un abogado, que su declaración podría ser utilizada en su contra; actualmente, se la utilizada como procedimiento policial normal con el cual se trata de proteger el derecho constitucional a no autoincriminarse, que se garantiza en la Quinta Enmienda a la Constitución de los EE.UU.

³⁵ Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, "Sentencia", en *juicio cohecho, No. 0691-2015-HPA*, 22 de diciembre del 2015, <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.

pretendió que se valore una prueba testimonial de una de las acusadas que tenía fuero de Corte Nacional, la cual se la obtuvo en la fase de investigación previa³⁶, so pretexto de que le hacían una entrevista, y sin la asistencia de un abogado defensor, la misma fue excluida por vulnerar el derecho constitucional a la defensa; por tanto no fue tomada en cuenta en el conjunto de la prueba, lo cual no afectó en la decisión final de que el tribunal dicte sentencia condenatoria en contra de la acusada.

Por tanto, no necesariamente el derecho de defensa nace con la imputación, esta puede presentarse también antes de que se abra un proceso penal, pues así lo determinan la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por último, cabe resaltar que en lo concerniente a la terminación de la defensa esta se daría cuando se ha obtenido una resolución firme de terminación del proceso penal.³⁷

2.- Principios procesales que rigen el derecho de Defensa penal

Como decía Atienza, uno de los temas que más se han discutido dentro de la teoría del Derecho, en las últimas décadas, se refiere al de los principios; su actual debate se inició con las obras del filósofo del derecho Dworkin, a pesar de que, por ejemplo, los principios jurídicos, o los generales del Derecho, son ya conocidos de antaño por los juristas.³⁸ Apartándome de esta polémica,³⁹ creo pertinente, en un primer momento, sólo señalar que se consideran principios los postulados que determinan el régimen específico de un estado sometido al derecho,⁴⁰ o también, los

³⁶ COIP, art. 533. Según esta norma el juzgador debe asegurarse de que al detenido “[...] se le informe sobre sus derechos, que incluye, el conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordena, los agentes que la llevan a cabo y los responsables del respectivo interrogatorio. También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de una o un defensor público o privado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique”. Vid. también Art. 508 ibidem.

³⁷ Vicente Gimeno Sendra, “El derecho de defensa en España”, en Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Procesal Penal* (Santa Fe: Edit. Rubinzal -Culzoni, 2010), 29.

³⁸ Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Sobre principios y reglas*, Edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 10 (1991), pp. 101-120, <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>

³⁹ Ronald Dworkin, *¿Es el Derecho un sistema de normas?*, <https://es.slideshare.net/RichardElric/dworkin-1980-es-el-derecho-un-sistema-de-normas>. En su artículo el autor sostiene que el modelo positivista sólo toma en cuenta las normas jurídicas, y no explica otros elementos importantes del derecho como son los principios.

⁴⁰ M. Virgilio Bravo Peralta, “Criterios de interpretación del poder judicial federal en México”, en M. Virgilio Bravo Peralta y Alfredo Islas Colín, coordinadores, *Argumentación e interpretación jurídica para los juicios orales y la protección de derechos humanos* (México: Edit. Porrúa, 2012), 123

derechos humanos reconocidos en la Constitución de Ecuador y en los instrumentos internacionales;⁴¹ por tanto, los principios deben constituir el lente constitucional a través del cual debemos mirar el Código Penal y el sistema penal.⁴² Asimismo, por ser innovador, considero necesario mencionar un criterio de lo que se entiende por principio, me refiero al del autor Alexy, para quien, de antemano, el derecho está conformado por reglas (normas legislativas: v.g. penales) y principios (normas constitucionales), y sobre estos indica que: “[...] son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización [incluye permisiones y prohibiciones] [...]”.⁴³

Entonces, cuando la CRE señala que: “[...] los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial [...] No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento [...]”.⁴⁴ está incorporando normas para de esta forma se pueda aplicar e interpretar los derechos, lo cual significa que estas normas también forman parte del ordenamiento legal penal ecuatoriano. De ahí que en la legislación penal de Ecuador se indica que: “En materia penal se aplican todos los principios que emanan de la Constitución de la República, de los instrumentos internacionales de derechos humanos y los desarrollados en este Código [se refiere al Código Orgánico Integral Penal]”.⁴⁵

Asimismo, gracias al desarrollo de los derechos humanos, que son universales, independientes e interrelacionados, es que podemos hablar de limitantes del poder punitivo del Estado, lo que significa que existen obligaciones de abstención por parte de los poderes públicos; por tanto, nadie puede impedir el ejercicio de estos derechos y ello porque están inmunizados, claro que, a veces, esta inmunidad se pierde cuando en el ejercicio de un derecho de vulnera otro;⁴⁶ por ejemplo, so pretexto de proteger el bien jurídico relacionado con el derecho a la vida se podría dejar a un sospechoso de

⁴¹ Ramiro Ávila Santamaría, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal* (Quito: Ediciones legales EDLE S.A., 2013), 53.

⁴² *Ibid.*, 42.

⁴³ Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993), 86.

⁴⁴ CRE, art. 11.3.

⁴⁵ COIP, art. 2.

⁴⁶ Ramiro Ávila, *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos*, 38.

homicidio en la indefensión dentro de una investigación penal, con lo cual se vulneraría el derecho de defensa penal. Ahora, este *ius puniendi*, que se encuentra contemplado en la legislación penal de Ecuador, por ser un Estado constitucional de derechos y justicia, social y democrático, ha sido regulado con la presencia de principios penales tales como el de legalidad, que lo analizaremos *infra*, lo cual ha ayudado, entre otras razones, a que los delitos y las penas dejasen de ser arbitrarios.

Pero este poder, o mejor, intervención punitiva, también tiene su razón de ser, se justifica cuando es estrictamente necesaria, cuando se atenta contra bienes protegidos constitucionalmente, claro que no todo derecho humano reconocido en la constitución debe tener un tipo penal, pero sí que todo tipo penal debe tener un sustento constitucional; es más (con riesgo de restringir derechos), el derecho penal, desde la óptica garantista de Ferrajoli, es una garantía que protege los derechos de las personas del poder del Estado.⁴⁷ Este Principio de mínima intervención está reconocido en la legislación penal ecuatoriana: “La intervención penal está legitimada siempre y cuando sea estrictamente necesaria para la protección de las personas. Constituye el último recurso, cuando no son suficientes los mecanismos extrapenales”;⁴⁸ también se lo conoce como de subsidiariedad del derecho penal, esto es, se considera “[...] el último recurso al que se debe acudir a falta de otros menos lesivos y graves que los penales, pues si la protección social puede conseguirse con medios menos graves y lesivos, no es preciso ni tampoco se debe acudir al derecho penal”;⁴⁹ también, al derecho penal se le reconoce su carácter fragmentario, cuando se refiere a que aquel “[...] no ha de proteger todos los bienes jurídicos ni penar todas las conductas lesivas de los mismos, sino solamente los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes [...]”.⁵⁰

Como una forma de garantizar al procesado su derecho a la defensa, pues, es la parte más débil del proceso, éste cuenta no con uno sino con varios principios con respaldo legal, constitucional y supraconstitucional. En esta época, la condición espiritual debe aspirar a la obtención de varios principios o valores que conforman la convivencia colectiva, entre ellos, la libertad de la sociedad, la igualdad ante la ley, y

⁴⁷ *Ibid.*, 41.

⁴⁸ *COIP*, art. 3.

⁴⁹ Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal comentado, Tomo I, Arts. 1 al 78* (Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2014), 46, 47.

⁵⁰ Diego-Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal. Parte General* (Madrid: Edit. Universitas, 2004), 83, citado por Ramiro J. García Falconí, *Ibid.*, 47.

en el caso de la severidad en la aplicación de la ley, también aspirar a la piedad frente a sus consecuencias, a la intervención de la sociedad en el apoyo a los más débiles⁵¹, por tanto, se debe considerar a quienes están en desventaja dentro de un proceso penal, por ejemplo, en una AEPJ. Así pues, tenemos que el derecho al debido proceso penal, referido a la defensa penal, sin perjuicio de otros establecidos en la CRE, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado u otras normas jurídicas, se regirá por los principios de Legalidad, Favorabilidad, Duda a favor del reo, Inocencia, Igualdad, Oralidad y Contradicción⁵²; estos principios están a disposición de todos los intervinientes en el proceso penal, que merecen respeto a su dignidad como seres humanos, y como titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución y los instrumentos internacionales; lo cual incluye también a las personas privadas de libertad, con ciertas limitaciones.⁵³ Los analizaremos a continuación:

2.1.- Dignidad Humana

La historia del derecho penal está ligada al reconocimiento de la dignidad humana, gracias a la influencia del derecho natural, al considerar al hombre hecho a semejanza de Dios y que por tanto no podría ser tratado como un animal.⁵⁴ Se considera a la dignidad humana como “[...] un arbitrio esencial de la persona, y esta a su vez es una calidad normativa primaria y universal de todos los individuos de la especie humana sin distinción de sexo, raza, estirpe, estado, religión, condición social o comportamiento personal”.⁵⁵ De este concepto, podríamos señalar que lo referente al “comportamiento personal” estaría relacionado con el ámbito penal, de ahí que, desde esta óptica, se entiende por principio de dignidad humana a aquel que se opone a las penas u otras intervenciones penales en sentido amplio que, por su excesiva dureza o por la forma en que se producen, resultan incompatibles con el mínimo respeto a la persona.⁵⁶

⁵¹ Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (Madrid: Edit. Trotta, S.A., 2009), 16.

⁵² *COIP*, art. 5.

⁵³ *Ibid.*, art. 4.

⁵⁴ Gloria Lucía Bernal Acevedo, *Derecho Penal General. Concepto, Justificación, límites y esquemas del delito* (Bogotá: Edit. Ibáñez, 2016), 229.

⁵⁵ Juan Fernández Carrasquilla, *Derecho Penal Parte General. Principios y categorías dogmáticas* (Bogotá: Edit. Ibáñez, 2011), 151.

⁵⁶ Santiago Mir Puig, *Bases Constitucionales del Derecho Penal* (Madrid: Edit. Iustel, 2011), 136, citado por Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal comentado, Tomo I, Arts. 1 al 78* (Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2014), 56.

Este principio está consagrado en Tratados y Convenios Internacionales suscritos por Ecuador: Declaración Universal de Derecho Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los mismos que establecen que el ser humano, por el hecho de serlo, debe ser tratado con dignidad, no recibir penas inhumanas, tratos crueles, ni torturas⁵⁷.

Asimismo, en la CRE, cuando se establece que el “[...] reconocimiento de los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, no excluirá los demás derechos derivados de la dignidad de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades, que sean necesarios para su pleno desenvolvimiento”⁵⁸, sin duda que se da la importancia debida al principio de dignidad del ser humano, el mismo que debe ser inherente a todos los demás como son la libertad, la igualdad, pues es el principio base de los derechos del hombre, de este nacen los demás derechos fundamentales; y que en el plano procesal penal incluye al de legalidad, presunción de inocencia, *in dubio pro reo*, y más, con lo cual se podría determinar que sin este principio, no cabría hablar de los demás principios, todos los cuales van direccionados a garantizar los derechos de los sujetos procesales. A su vez, en la ley penal ecuatoriana, cuando se refiere a la dignidad humana y la titularidad de derechos, se indica que: “Las y los intervinientes en el proceso penal son titulares de los derechos humanos reconocidos por la Constitución de la República y los instrumentos internacionales [...]”;⁵⁹ lo que implica que a los procesados también se les reconoce sus derechos humanos, aunque respecto de los privados de su libertad con ciertas limitaciones, pero eso sí todos serán tratados con respeto a su dignidad como seres humanos.⁶⁰

Ahora bien, este principio debe ser considerado por los legisladores, por funcionarios del sistema penitenciario y por operadores de justicia, respecto de los primeros, a la hora de tipificar conductas y sancionar delitos, en cuanto a los segundos,

⁵⁷ “Declaración Universal de los Derechos Humanos”, art 1 y 5; “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos”, preámbulo; “Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, art. 2 y 16; “Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969)”, CADH, art. 5 y 11, en Luis Pásara, *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia* (Quito: Edit. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2012), 118, 119, 124, 167 y 237.

⁵⁸ CRE, art. 11. 7.

⁵⁹ COIP, art. 4.

⁶⁰ *Ibidem*.

cuando se trate de la ejecución de las penas, que las penas no deben ser excesivas, que el cumplimiento de las condenas debe ser en sitios donde van a estar personas, y en cuanto a los jueces, en especial cuando se refiera a las AEPJ, que deben garantizar no sólo la correcta aplicación de las normas sustantivas penales y adjetivas que se utilizan en dicha audiencia, sino también que los principios que sirven de ayuda a la parte débil del proceso: igualdad, presunción de inocencia y más, tengan como guía al más importante de todos: la dignidad humana.

2.2.- Principio de Legalidad

Cuando Beccaria escribió en 1764 que: “[...] sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”;⁶¹ sin duda, se estaba anticipando a lo que se conoce como el principio de legalidad penal, aunque claro está, no como lo hizo Feuerbach años después, es decir de forma técnica y más amplia. Éste pensador, que es autor de la fórmula latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que se refiere a este principio de legalidad, señaló que: “Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). El hecho legalmente conminado está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*)”.⁶²

Con posterioridad, este principio ha sido ampliado por la doctrina del garantismo. En verdad, para distinguirlo del anterior, considerado como de mera legalidad penal, Ferrajoli habla ahora del principio de estricta legalidad penal. Sostiene este autor que mientras la mera legalidad (axiomas: *nullum poena, crimen sine lege*) solamente exige la ley como condición necesaria para la pena y el delito, el principio de estricta legalidad requiere todas las demás garantías como condiciones necesarias para hablar de legalidad penal (axiomas: *nulla lex poenali sine necessitate, sine iniura*,

⁶¹ Cesare Beccaria, *De los delitos y de las penas* (Barcelona: Ediciones Orbis, S.A., 1984), 47.

⁶² Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, *Tratado de Derecho Penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 1989), 63, citado por Luiz Flavio Gomes, *El principio de legalidad y sus garantías mínimas: una contribución al estudio de la garantía de la “lex populi”*, 2001, <http://www.cienciaspenales.net/files/2016/07/2el-principio-de-legalidad-penal-y-sus-garantias-minimas.-una-contribucion-al-estudio-de-la-garantia-de-la-lex-populi.pdf>.

sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione). Entonces, se podría considerar que con el primer principio la ley es condicionante y con el segundo, condicionada.⁶³ Vale añadir en este punto que tanto en materia penal sustantiva como adjetiva, esto es, como garantía penal y procesal, el principio de legalidad es uno de los más importantes.

Ahora bien, atendiendo al tenor literal de la legalidad, tenemos la formal y la material. Para Zaffaroni, conforme la primera, se construiría el tipo normativo de ley penal constitucional con lo cual se eliminaría las restantes leyes penales ilícitas, y a su vez está completado con el principio de reserva, es decir que la única fuente de ley es aquella que proviene de los órganos habilitados por la constitución (órgano legislativo); no cabe hablar de que la doctrina, la jurisprudencia o la costumbre puedan habilitar poder punitivo; asimismo, sería inconstitucional que una ley penal sea emanada por la administración, o por el poder ejecutivo; y en cuanto a la segunda, esto es, de la máxima taxatividad legal e interpretativa se refiere a la prohibición de la analogía, razón por la cual el legislador debe ser preciso a la hora de crear tipos penales e interpretar la ley penal.⁶⁴ En efecto, con el contenido material del principio de legalidad se busca que la ley cumpla de forma real con la función de establecer cuáles son las conductas punibles, lo cual debe hacerlo de forma clara y concreta, sin acudir a términos excesivamente vagos que dejen en la indefinición el ámbito de lo punible, de no ser así se afectaría la seguridad jurídica,⁶⁵ y los operadores de justicia tendrían serios problemas a la hora de aplicar la ley.

En la actualidad, respecto del principio de legalidad, se indica que no basta con que el mandato punitivo se exprese a través de la ley, esto es, del instrumento legal o normativo, pues resulta muy poco para los fines garantistas del principio de legalidad, por tanto, se requiere una nueva legalidad con contenidos, valores y fines relevantes, lo cual significa que, aparte de entender a la ley como un instrumento imperativo, se debe recurrir a la constitución, a los principios axiológicos surgidos de esta; se debe ir

⁶³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 94, 95.

⁶⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal. Parte general* (Buenos Aires: Edit. Ediar, 2005), 111-119.

⁶⁵ Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General* (Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2010), 105.

hacia la búsqueda de la juridicidad;⁶⁶ de ahí que la Constitución, cuando se refiere a la garantías normativas, señala que la función legislativa, en este caso “[...] la Asamblea Nacional y todo órgano con potestad normativa, tendrá la obligación de adecuar, formal y materialmente, las leyes y demás normas jurídicas a los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales, y los que sean necesarios para garantizar la dignidad del ser humano [...]”⁶⁷ No está demás, señalar, asimismo, que “[...] la intención político-criminal del principio de legalidad actual es que las normas no sean sólo juicios de valor, sino imperativos dirigidos a los ciudadanos que, más allá de una prevención coactiva, también reafirmen expectativas y sostengan valores sociales en los que puedan motivarse”.⁶⁸

Sobre este principio la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), en su Art. 9 establece que:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el instante de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.⁶⁹

Y a su vez la Constitución señala que se debe asegurar el debido proceso con garantías tales como que: “[...] 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley [...]”,⁷⁰ normas aplicadas a su vez en los principios procesales del COIP y en el que se señala: “El derecho al debido proceso penal [...] se regirá por los siguientes principios: 1. Legalidad: no hay infracción penal, pena,

⁶⁶ Guillermo Yacobucci, “Interpretación constitucional y legalidad penal”, en Juan Cianciardo, coordinador, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria* (Buenos Aires: Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006), 389.

⁶⁷ CRE, art. 84.

⁶⁸ Gustavo Arocena, *Interpretación gramatical de la ley penal* (Córdoba: Edit. Advocatus, 2003), 43, citado por Guillermo Yacobucci, “Interpretación constitucional y legalidad penal”, en Juan Cianciardo, coordinador, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria* (Buenos Aires: Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006), 393.

⁶⁹ “Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José, 1969)”, CADH, en Luis Pásara, *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*, 169.

⁷⁰ CRE, art. 76.3.

ni proceso penal sin ley anterior al hecho. Este principio rige incluso cuando la ley penal se remita a otras normas o disposiciones legales para integrarla”.⁷¹

Claro que de estas normas se advierte que como parte del principio de legalidad (estricta) a la hora de sancionar, de imponer una pena, debe obligatoriamente existir un proceso penal, un juicio previo; la exigencia de este último “[...] impone la necesidad de la existencia de una sentencia judicial de condena firme para poder aplicar una pena a alguien”.⁷² Así pues, sería pertinente considerar los principios relativos al procedimiento penal (derecho procesal penal), y en el que se encuentra los relativo al principio de proceso (*nulla poena sine processu*) y juicio previo (*nulla poena sine iudicio*), y que, por lo general, suelen considerarse como garantías del procesado: nadie puede ser penado sin juicio previo, así como también, no hay “proceso penal sin ley anterior al hecho”⁷³ según se establece, como parte del principio de legalidad, dentro de los principios procesales en el COIP. No está demás señalar, por consiguiente, que el principio de legalidad engloba las siguientes garantías: la garantía criminal que exige que el delito se halle determinado por la ley, la penal que exige que la ley señale la pena que corresponde al hecho, la jurisdiccional que requiere que la existencia del delito y la imposición de la pena sean determinados por medio de una sentencia judicial y con un procedimiento legalmente establecido; finalmente, la garantía de ejecución que exige que la ejecución de la pena deba estar sujeta a una ley que la regule.⁷⁴

Entonces, si el objetivo de esta investigación es el de evaluar el desempeño de la defensa penal en las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio, es obvio que nos encontramos con una etapa de procedimiento penal, con un procedimiento jurídico, por lo que se requiere de normas anteriores que determinen las reglas del proceso penal, es decir “con observancia del trámite propio de cada procedimiento”, como señala la CRE,⁷⁵ de esta forma el juez o tribunal contaría con los elementos necesarios para poder tomar su decisión.

Claro que en el caso de la AEPJ habría la diferencia de que se podría llegar a un sobreseimiento, y que vendría a ser una especie de sentencia ratificatoria de la

⁷¹ COIP, art. 5.1.

⁷² Joaquín González, *Manual de la Constitución Argentina* (Buenos Aires: Edit. Estrada, 1983), Citado por Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal T. I. Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 478.

⁷³ COIP, art. 5.1.

⁷⁴ Santiago Mir Puig, *Derecho penal Parte general* (Montevideo: Edit. de F, 2005), 115, 116.

⁷⁵ CRE, art. 76.3.

inocencia, o llamarse a juicio; pero no a una sentencia condenatoria en la que se impone una pena, que se la dicta en un juicio, dentro de una audiencia de juzgamiento, por parte de un tribunal penal, esto es, por un órgano judicial competente.

Este principio busca proteger al procesado a la hora de que en la AEPJ, especialmente en etapa de vicios, se cuente con las normas sustantivas penales y adjetivas descritas con anterioridad, obviamente, durante toda esta audiencia, el procesado goza de la presunción de inocencia. No se puede hablar de esta audiencia (y en la que deba actuar un defensor penal) sin que exista una ley penal anterior, esto es, sin que este descrita la norma penal relativa al procedimiento.

2.3.- Presunción de Inocencia

La ley penal impide que se considere como culpable a una persona a la que se le ha atribuido un hecho punible, mientras el Estado, a través de sus órganos judiciales, no pronuncie una sentencia penal en firme que declare su culpabilidad y le imponga una pena, después de un juicio previo;⁷⁶ este principio de inocencia refleja una concepción positiva del hombre sustentada en una valoración probabilística: la base de la presunción de inocencia es lo que acontece de ordinario; pues, sucede con mayor frecuencia que los hombres se abstienen de delinquir, de ahí que la ley consagra y defiende esta presunción a favor de todos los ciudadanos.⁷⁷

Pero también se debe considerar las repercusiones que conlleva este principio. Por ejemplo, en el *in dubio pro reo* (como veremos *infra*), o en la carga de la prueba (*onus probandi*), es decir, que al acusador y no al procesado (imputado) le corresponde determinar la culpabilidad de éste; también, con la coerción penal, a pesar de gozar el procesado de la presunción de inocencia, y no tener sentencia firme, con lo cual se afectan sus derechos: contra la libertad física o ambulatoria (prisión preventiva), propiedad (embargos) y más.⁷⁸

⁷⁶ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal T. I. Fundamentos* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 490.

⁷⁷ Giovanni Carmignani, *Elementos del derecho criminal*, citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid: Edit Trotta, 2014), 624.

⁷⁸ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal, T. I.*, 494,505, 510.

Este principio, cuando se relaciona con la carga de la prueba, necesariamente se debe enlazarlo con el principio de jurisdiccionalidad; por tanto, si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que una persona ha cometido un delito, vale decir que hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio, no se puede considerar cometido dicho delito ni tampoco, responsable del mismo a esa persona; en este sentido, el precitado principio (no hay culpa sin juicio y prueba), postula la presunción de inocencia del procesado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia de condena definitiva.⁷⁹

En cuanto a la prisión preventiva, se la aplica antes de juicio y de sentencia en firme, con lo cual se estaría vulnerando el principio de presunción de inocencia, esta (si consideramos justificativos doctrinarios como el de Beccaria y de la jurisprudencia moderna) tiene como fin asegurar la comparecencia del procesado, de acuerdo al caso, a las siguientes etapas procesales, por tanto, busca asegurar que éste no se fugue, así como también, evitar que éste altere las pruebas.⁸⁰

Este principio está plasmado en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial en la Convención americana de derechos humanos, en efecto, se señala en su Art. 8, cuando habla de las Garantías Judiciales: “[...] 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad [...]”,⁸¹ también, como garantía del derecho al debido proceso, está recogido en la Constitución: “[...] 2. Se presumirá la inocencia de toda persona, y será tratada como tal, mientras no se declare su responsabilidad mediante resolución firme o sentencia ejecutoriada [...]”,⁸² también, en la ley penal ecuatoriana: “Principios procesales.- El derecho al debido proceso penal [...] se regirá por los siguientes principios: [...] Inocencia: toda persona mantiene su estatus jurídico de inocencia y debe ser tratada como tal, mientras no se ejecutorie una sentencia que determine lo contrario [...]”.⁸³

Cabe señalar, además, que si bien el principio de presunción de inocencia está vinculado con el *in dubio pro reo* y el *favor rei*, tiene autonomía, con éste el procesado

⁷⁹ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 549.

⁸⁰ *Ibid.*, 556.

⁸¹ “Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, Luis Pásara, *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, 169.

⁸² CRE., art. 76.2.

⁸³ COIP, art. 5.4.

goza de la misma situación jurídica que un inocente; claro que tiene sus efectos más importantes en la sentencia condenatoria definitiva, la que se da cuando existe certeza del juzgador, esto es, ausencia de duda razonable (*in dubio pro reo*) en cuanto a la responsabilidad del procesado; claro que también se podría considerar a este principio como un estado jurídico del procesado, es decir, es inocente hasta que no sea declarado culpable (con sentencia condenatoria firme).⁸⁴

Ahora, esta presunción de inocencia, que en lo teórico tiene mucho respaldo doctrinario (sin ahondar en la contradicción que se da cuando se dicta una prisión preventiva), en la práctica, o mejor en la realidad, al parecer se transforma en una presunción de culpabilidad. En verdad, si un ciudadano es sospechoso de haber cometido una infracción y es retenido, detenido, o se le ha dictado la medida cautelar personal de prisión preventiva, con frecuencia es tratado como culpable, lo que genera la vulneración de sus derechos humanos, es tratado como delincuente, es recluido en sitios inmundos, a lo que se suma que es ofendido y denigrado por los policías judiciales.⁸⁵

Este principio también sirve dentro de una AEPJ y ello debido a que en esta etapa el fiscal emite su dictamen acusatorio en contra de un procesado (se convierte en acusado) y el juez resuelve si decide llamar a juicio o sobreseerlo; el operador de justicia, con base a la imparcialidad (como regla y no como principio) relativa a la organización judicial, debe tener claro este principio de inocencia, de no ser así, su resolución se vería afectada, de allí que sería recomendable, con la oralidad, escuchar durante el transcurso de la audiencia a los sujetos procesales, evaluar sus argumentos, analizar los elementos de convicción en los que se basó el fiscal para acusar, es decir el juez debe actuar con honestidad y sin prejuicios. Pero, también, cuando estas se realicen, se debe contar con la presencia física o a través de videoconferencia (sistema telemático) del procesado, en caso de estar con prisión preventiva, si se considera que esta es una medida cautelar, procesal o que no es penal; si bien la ley penal sólo lo exige para el caso de la audiencia de juzgamiento, con sus excepciones (v.g. delitos de peculado), creo necesario, al menos, que en dicha audiencia se le permita estar presente

⁸⁴ Hernando Devis Echandía, *Principios fundamentales del derecho procesal penal* (Bogotá: Edit. Ibáñez, 2012), 51.

⁸⁵ Ricardo Vaca Andrade, *Manual de derecho procesal penal* (Quito: Edit. Corporación de estudios y publicaciones, 2009), 39.

para que conozca su situación jurídica, se entere de forma oral la acusación fiscal en su contra.

2.4.- Favorabilidad y Duda a favor del reo

Estos principios están ligados y vendrían a ser una consecuencia de la presunción de inocencia que protege al procesado, en el sentido de absolverlo cuando su culpabilidad no ha sido verificada con certeza, cuando no se le ha podido destruir la situación de inocencia.

Concretamente, con el principio de favorabilidad, si se presenta un caso conflictivo entre dos normas penales, las mismas que para un mismo hecho o situación contemplen diferentes penas, se aplicará la menos rigurosa, incluso si su promulgación es posterior a la infracción, esto último se refiere a la ley posterior más benigna.⁸⁶ Lo anotado entraría dentro del campo de la interpretación de la ley penal y su aplicación, el mismo que forma parte del derecho penal material (sustantivo) y no del procesal penal.⁸⁷

En cambio, cuando nos referimos a la duda a favor del reo, nos referimos a un principio que se utiliza en el momento probatorio del proceso penal, así como también al finalizar la valoración del mismo, según el cual frente a la duda se debe decidir en favor del acusado.⁸⁸

El principio *in dubio pro reo* apareció en el derecho romano: “Es preferible dejar impune al culpable de un hecho punible que perjudicar a un inocente (*Digesto, De poenis, Ulpiano I. 5*)”,⁸⁹ y, luego, se cristalizó en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, para posteriormente formar parte de un sinnúmero de instrumentos internacionales de derechos humanos y de constituciones democráticas, en especial del mundo occidental.

En el derecho procesal penal se exige que la sentencia condenatoria y la pena se debe fundar en la certeza del tribunal que falla sobre la existencia de un hecho punible, por consiguiente, la falta de certeza (duda o probabilidad) imposibilita al estado destruir la presunción de inocencia lo que conduce a la absolución; la certeza positiva (o probabilidad positiva) es la que afirma el hecho imputado, la certeza

⁸⁶ COIP, art. 16.2.

⁸⁷ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal T. I.*, 501, 502.

⁸⁸ Ramiro J. García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal comentado*, 66.

⁸⁹ Cfr. Vincenzo Manzini, *Tratado de derecho procesal penal* (Buenos Aires: Edit. Ejea, 1951), citado por Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal, T.I.*, 494.

negativa (o probabilidad negativa) explica como inexistente el hecho imputado; por tanto, sólo la certeza positiva permite condenar, de lo cual se deduce que los otros estados de la verdad, v.g. la probabilidad negativa (del juzgador) permiten la absolución gracias al *in dubio pro reo*.

La CRE indica, como garantía al derecho al debido proceso, que: [...] En caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción. En caso de duda sobre una norma que contenga sanciones, se la aplicará en el sentido más favorable a la persona infractora [...],⁹⁰ lo cual, en el primer caso, también está recogido en la ley penal y se lo conoce como principio de Favorabilidad⁹¹ y en el segundo, como: “Duda a favor del reo: la o el juzgador, para dictar sentencia condenatoria, debe tener el convencimiento de la culpabilidad penal de la persona procesada, más allá de toda duda razonable [...]”.⁹²

Si bien el *in dubio pro reo*, que subsume al *favor rei*, se aplica, conforme el COIP, el momento en que un juez dicta sentencia, eso no quiere decir que no se la pueda aplicar en otras etapas, tales como la de evaluación o preparatoria de juicio, pues, si en esta, una vez que el fiscal acusa a un procesado por tal o cual delito y grado de participación, eso no significa que el juez, a la hora de resolver si llama a juicio o sobresee a dicho procesado, no pueda valerse de este principio para tomar una decisión acertada, si pesa más la duda respecto de que del procesado, por ejemplo, no existen presunciones serias de haber participado en un hecho punible, el juez, con duda razonable (estándar de convicción) lo sobreseerá;⁹³ esto es, porque los elementos en los cuales ha sustentado su acusación el fiscal no son suficientes para presumir la participación del procesado.⁹⁴ Con la aplicación de este principio *in dubio pro reo* se puede dar por terminado un proceso mediante providencia interlocutoria, por lo tanto, sin esperar la sentencia, cuando el juez encuentra claro que el hecho imputado no se considera por la ley penal como delito, o que el procesado no es responsable de la presunta infracción.⁹⁵

⁹⁰ CRE., art. 76.5.

⁹¹ COIP, art. 5.2.

⁹² Ibid., art. 5.3.

⁹³ El sobreseimiento se lo hace mediante auto resolutivo.

⁹⁴ COIP, art. 605.2.

⁹⁵ Hernando Devis Echandía, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, 50.

En el caso del sobreseimiento surge el principio de duda a favor del reo, pues esta la generó el abogado defensor a favor del procesado. En la AEPJ se debe provocar esa duda en el juez con lo cual se evita que el procesado vaya a juicio.

2.5.- Igualdad

Si nos referimos a la igualdad de las personas ante la ley y dentro de esta a la penal, tendríamos que hablar de tres aspectos: en el ámbito procesal, las partes deben gozar de iguales oportunidades para su defensa, viene a ser una aplicación del postulado de los estados modernos de la igualdad de los ciudadanos frente a la ley; también está el hecho de que en relación a la raza, condición social, sexo, orientación sexual, lugar de nacimiento y más, nadie tiene privilegios en los procedimientos, es decir, no debe existir discriminación, y finalmente, que no se pueden aplicar procedimientos favorables o desfavorables a unas personas que a otras por hechos similares, o porque el país se encuentre en estado de sitio, lógicamente que esta igualdad procesal debe ser real y no teórica.⁹⁶

Entonces, para hablar del principio de igualdad se requiere que esta sea real, o mejor, formal y material. La formal en el sentido de que ante el sistema jurídico todas las personas deben ser tratadas de igual manera, y la material, en el sentido de pasar del sistema jurídico a la realidad de la persona, del ciudadano común;⁹⁷ así pues, si nos referimos a la defensa penal del procesado que actúa en las diferentes etapas de un proceso penal, adversarial y contradictorio, esta debe ser tratada en igualdad de condiciones con la acusación, es decir con igualdad formal, aunque, en la realidad jurídica, esto no se cumple debido a que la defensa es la parte débil del proceso.

Sobre la igualdad, la Constitución de Montecristi enfatiza que los derechos se ejercerán atendiendo principios tales como el que todas las personas son iguales, que gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, que no podrán ser discriminados por razones de etnia, sexo, identidad de género, por su condición socio-

⁹⁶ *Ibid.*, 13.

⁹⁷ Ramiro Ávila Santamaría, *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos* (Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, CEDEC, 2012), 72.

económica, o por cualquier otra distinción, personal o colectiva, y más razones,⁹⁸ lo cual, a su vez, está plasmado en el COIP cuando menciona que el derecho al debido proceso penal se regirá por el principio de Igualdad, que consiste en la “[...] obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad [...]”.⁹⁹

Entonces, en la AEPJ, en la que se va a analizar el desempeño de la defensa penal de los procesados, debe aplicarse al máximo la igualdad procesal, máxime si se considera que el procesado goza de la presunción de inocencia; esta igualdad se refiere también a la de armas, pues, los sujetos procesales deben llegar a esta audiencia después de que se ha agotado todas las diligencias pedidas en la etapa de instrucción fiscal, es decir, que el fiscal debe buscar todos los elementos de convicción necesarios tanto de cargo como de descargo para que se enfrenten en esta etapa en igualdad de condiciones, de tal forma, que si por ejemplo, el fiscal no despacha un petición de pericia a favor del procesado, el juez deberá declarar la nulidad con miras a que se practique dicho peritaje, no en vano esta etapa intermedia sirve de preparación para la siguiente etapa que es la de juicio. Otro ejemplo de esta igualdad, en este caso relativa al juez, se daría cuando tenga que comunicarse con las partes de forma directa o indirecta, en este caso tendrá que hacerlo con cada una de ellas, y de preferencia, con ambas partes al mismo tiempo, con ello se evita la imparcialidad.¹⁰⁰

2.6.- Oralidad

En el ordenamiento jurídico de Ecuador, la oralidad, piedra fundamental sobre la que se asienta el sistema acusatorio, tuvo como antecedente el derogado código de procedimiento penal del 2000, luego, esta se vio reforzada con la entrada en vigencia

⁹⁸ CRE, art. 11.2.

⁹⁹ COIP, art. 5.5.

¹⁰⁰ Carlos M. Oronoz Santana, *Tratado del juicio oral* (ciudad de México: Edit. Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas S.A., 2009), citado por Christian Norberto Hernández, *El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio*, 35, en https://www.researchgate.net/publication/318714291_El_derecho_de_defensa_adecuada_en_el_sistema_penal_acusatorio.

en el 2014 del COIP, lógicamente, ambos cuerpos legales se originaron y tuvieron su respaldo en disposiciones constitucionales, en la primera en la constitución del 1998 y la segunda en la constitución de Montecristi del 2008.

La oralidad, a diferencia de lo escriturario, se caracteriza porque durante todo el proceso penal, que se lo hace con audiencias, los sujetos procesales actúan con la palabra hablada. Por su parte el juez de forma oral "...está obligado a fundar y motivar su decisión, argumentar sobre el material de hecho expuesto en el proceso [...] es fundamental el desarrollo del litigio y su resolución mediante la palabra hablada [...]".¹⁰¹ Con la oralidad "[...] la concentración e inmediación se opera de manera perfecta; que el juez adquiere una mayor capacidad para juzgar, en razón del conocimiento y apreciación directa que hace de las personas y hechos sometidos a su examen [...]".¹⁰²

La CRE señala que la administración de justicia aplicará los siguientes principios: "[...] 6. La sustanciación de los procesos en todas las materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante el sistema oral, de acuerdo con los principios de concentración, contradicción y dispositivo",¹⁰³ lo cual está en concordancia con lo establecido en la ley penal: "El derecho al debido proceso penal [...] se regirá por los siguientes principios: [...] 11. Oralidad: el proceso se desarrollará mediante el sistema oral y las decisiones se tomarán en audiencia [...]".¹⁰⁴

Lo anterior se refleja en las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio, conforme el COIP, en las que, prácticamente, rige la oralidad al cien por ciento. Cuando intervienen los sujetos procesales ya sea para alegar algún vicio formal, o existencia de un requisito, por ejemplo, de procedibilidad, o cuando el fiscal expone los fundamentos de su acusación, o cuando el procesado a través de su abogado defensor, solicita se excluya alguna prueba anunciada, en fin, se actúa de forma oral, y es más, hasta la resolución que dicta el juez, se la hace de manera oral y ya no se

¹⁰¹ Alfredo Islas Colín, *Juicios orales en México, T. I.* (México: Flores editor y distribuidor, 2011), citado por Mijael Altamirano y Víctor Hugo Bustamante, "La epistemología de la argumentación en los juicios orales en México. Un ejercicio teórico" en M. Virgilio Bravo Peralta y Alfredo Islas Colín, coordinadores, *Argumentación e interpretación jurídica para los juicios orales y la protección de derechos humanos* (México: Edit. Porrúa, 2012), 553.

¹⁰² Hernando Devis Echandía, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, 42

¹⁰³ CRE, art. 168.6.

¹⁰⁴ COIP, art. 5.11.

requiere que la transcriba al papel, con lo cual, este principio se aplica de manera amplia.

2.7.- Contradicción

Este principio constituye la base fundamental de la defensa penal del procesado, pues, éste tiene derecho a la defensa porque se lo considera como la parte más débil del proceso, del juicio. Por tanto, debe estar amparado por el principio de contradicción como garantía penal; de ahí que a este principio se lo llama también como de la defensa o de la refutación y es conocida con la máxima latina *Nulla probatio sine defensione*.¹⁰⁵

Bettioli considera que con este principio surte la notificación con la acusación dentro del proceso penal; pues, se atribuye al proceso un planteamiento dialéctico que se traduce en la regla de la contradicción, y que está ligada con el principio de defensa, con lo cual contribuye a separar lo verdadero de lo falso.¹⁰⁶ Así pues, al imputado se le debe respetar su derecho de defensa, y no se le debe procesar sin que haya tenido noticia de esto, así como de la oportunidad para intervenir y ejercitar su defensa penal. tener un papel contradictor en todo momento, oportunidad real para contradecir las pruebas, para presentar coartadas, alegar hechos exculpativos o de inimputabilidad, atenuantes, designar o que se le designe abogado, en fin.¹⁰⁷ “La defensa [...] es el más importante instrumento de impulso y de control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa [...]”.¹⁰⁸

Conforme ya se indicó *supra* en la CRE se determina que la sustanciación de los procesos en las diferentes materias, instancias, etapas y diligencias se llevará a cabo mediante la oralidad, y conforme los principios de concentración, contradicción y

¹⁰⁵ Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 93.

¹⁰⁶ Giuseppe Bettioli, *Instituciones de derecho procesal y penal* (Barcelona: Edit. Bosch, 1977), 255, 256, citado por Hernando Devis Echandía, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, 15, 16.

¹⁰⁷ Hernando Devis Echandía, *Principios fundamentales del derecho procesal penal*, 16.

¹⁰⁸ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 613.

dispositivo,¹⁰⁹ como se ve, el principio de contradicción es fundamental dentro de la oralidad, lo cual se refuerza en la ley penal en el sentido de que, como parte del debido proceso, de forma oral, los sujetos procesales, aparte de presentar sus argumentos, sus razones dentro de un proceso, también deben contradecir las pruebas, replicar los argumentos de la parte contraria.¹¹⁰

Dentro de las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio, sin duda, la contradicción, como parte indisoluble de la oralidad, también se la aplica de forma amplia. En efecto, el juez, para tomar una decisión acertada, sea llamando a juicio o sobreseyendo al procesado requiere que las partes utilicen la contradicción al máximo, pues es una forma de que se aclaren las dudas, de que se exponga todo lo que se tenga que exponer. De hecho, el juez debe permitir que los sujetos procesales: fiscal, acusador particular, procesado, de forma igualitaria y oralmente, hagan uso de réplicas y contrarréplicas.

3.- Garantías básicas del debido proceso en la defensa penal en la realidad jurídica ecuatoriana

Si bien la Constitución de Ecuador establece que dentro de un proceso penal en el que exista una persona privada de la libertad se deben observar garantías básicas tales como la de que la privación de la libertad se aplicará para garantizar la comparecencia del imputado o acusado al proceso, que no será la regla general, o de que ninguna persona privada de su libertad podrá ser incomunicada; o de ser informada, acogerse al silencio y no declarar en contra de sí mismo, cuando se refiere a su defensa,¹¹¹ para la presente investigación, creemos pertinente, estudiar las que se relacionan con la defensa penal relativas al derecho al debido proceso (garantía de no ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento, la de contar

¹⁰⁹ CRE, art. 168.6.

¹¹⁰ COIP, art. 5.13.

¹¹¹ CRE, art. 77. 1 y 6.

con el tiempo para preparar su defensa, la de ser escuchado oportunamente),¹¹² y que se aplican más en la AEPJ.

Las garantías de las que goza el procesado en un proceso penal, y que constan en la constitución y las leyes penales, sirven para frenar el poder represivo del Estado y que lo hace a través de la persecución penal pública (fiscalía), y a estas se las define como “las instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivo el goce de sus derechos subjetivos”.¹¹³ De su lado, el debido proceso se entiende como “la actividad compleja, progresiva y metódica, que se realiza de acuerdo con reglas preestablecidas, cuyo resultado será el dictado de la norma individual de conducta (sentencia), con la finalidad de declarar el derecho material aplicable al caso concreto”,¹¹⁴ y ya en materia penal, el debido proceso se considera la garantía fundamental que engloba o rige los demás derechos fundamentales de la persona en relación con el proceso penal, con la cual se garantiza su dignidad, se la protege de los posibles excesos de abuso de autoridad, del poder punitivo del estado, pero sin dejar de lado lo jurisdiccional que es en donde se materializa,¹¹⁵ y tampoco, sin dejar de aplicar los otros principios estudiados *supra* y que se relacionan con la defensa penal, y que son consecuencia del principio de legalidad.

Ahora, si nos atenemos al modelo de derecho penal, dentro de un Estado de derecho, en este caso al planteado por Ferrajoli, tenemos que los principios¹¹⁶ que él plantea son: retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; legalidad; necesidad o economía del derecho penal; lesividad u ofensividad del acto; materialidad o exteriorización de la acción; culpabilidad o responsabilidad personal; jurisdiccionalidad; acusatorio, de la carga de la prueba o de verificación y contradictorio o de defensa o refutación; ahora, estos conllevan garantías jurídicas y

¹¹² Ibid., art. 76.7.

¹¹³ Bidart Campos, *Manual de derecho constitucional argentino* citado por Carlos Enrique Edwards, *Garantías Constitucionales en materia penal* (Buenos Aires: Edit. Astrea, 1996), 4.

¹¹⁴ Arazi, *Derecho procesal civil y comercial*, 111, citado por Carlos Enrique Edwards, *Garantías Constitucionales en materia penal*, 87.

¹¹⁵ Ricardo Vaca Andrade, *Manual de derecho procesal penal*, 33.

¹¹⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 93. Para el autor estos principios son la consecuencia de axiomas, o principios axiológicos: 1) *Nulla poena sine crimine*, 2) *nullum crime sine lege*, 3) *nulla lex (poenalis) sine necessitate*, 4) *nulla necessitas sine iniuria*, 5) *nulla iniuria sine actione*, 6) *nulla actio sine culpa*, 7) *nulla culpa sine iudicio*, 8) *nullum iudicium sine accusatione*, 9) *nulla accusatio sine probatione* y 10) *nulla probatio sine defensione*.

que sirven para la afirmación tanto de la responsabilidad penal como de la aplicación de la pena, y su función específica (de estas garantías) es la deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva del Estado, es decir, vienen a ser limitantes, o mejor, condicionantes del poder punitivo; en efecto: delito, ley, necesidad, ofensa (lesividad), acción y culpabilidad, son condicionantes penales de dicho poder; en cambio: juicio, acusación, prueba y defensa, son condiciones procesales; así pues, los principios que rigen a los seis primeros se llaman garantías penales y los cuatro restantes, garantías procesales;¹¹⁷ todo estos pueden ser considerados como constitucionales o legales penales.

De esta forma, si nos atenemos a las condiciones procesales, tenemos que considerar dos garantías fundamentales dentro de los procesos (cuándo y cómo juzgar), me refiero al principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación, y el principio del contradictorio, o de la defensa, o de la refutación,¹¹⁸ y estos a su vez vinculados con el principio de legalidad (en sentido lato o estricto). Para el presente estudio, nos detendremos en el principio de defensa (contradictorio o de refutación); el mismo que a su vez tiene sus garantías básicas relacionadas con el derecho al debido proceso (no ser privado del derecho a la defensa, contar con los medios adecuados para la defensa, ser escuchado y más), y que asimismo, estarán direccionadas a su aplicación en las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio AEPJ.

En verdad, el derecho de defensa es uno inherente al ser humano, que debe gozarlo al igual que otros derechos fundamentales, así como también debería ser una garantía. La CRE señala que: "[...] Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte [...]".¹¹⁹ Con base a lo anterior el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)¹²⁰ y la Convención Americana de Derechos Humanos,¹²¹ respecto del derecho al debido proceso, cuando

¹¹⁷ *Ibíd.*, 92, 93

¹¹⁸ *Ibíd.*, 93.

¹¹⁹ CRE, art. 11.3 y 4.

¹²⁰ "Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos", art. 14.3, en Luis Pásara, *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, 142.

¹²¹ "Convención Americana Sobre Derechos Humanos", art. 8, *Ibíd.*, 169.

se trate de una persona acusada de un delito, determina garantías judiciales mínimas tales como: a ser informada de las causas de la acusación formulada contra ella; a ser oída dentro de un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial; a disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Como consecuencia la CRE, respecto del derecho de las personas a la defensa penal, señala que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso con las siguientes garantías básicas, y que servirían en las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio: que nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento; que se cuente con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa; que sea escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones; que los procedimientos sean públicos, que las partes puedan acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento; y que en los procedimientos judiciales sean asistidos por una abogada o abogado de su elección o por una defensora o defensor público.¹²²

Se debe señalar, asimismo, que una cosa son las garantías penales y otra, las procesales. Claro que entre ambas hay una correlación, tienen nexos estructurales y funcionales que apuntan a asegurar su efectividad; no en vano a las garantías penales (lesividad, materialidad y culpabilidad) se las denomina sustanciales, y a las procesales, instrumentales; en efecto, aquellas serán efectivas en tanto que busquen asegurar al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control dentro de un juicio, en tanto, se direccionen a garantizar que los juicios no sean arbitrarios, pues, si no hubiera reciprocidad juicio y pena estarían desvinculados de límites legalmente preestablecidos,¹²³ en la presente investigación, serán las procesales las que tendrán preferencia.

¹²² CRE, art. 76.7, a, b, c, d, g y h.

¹²³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 537.

3.1.- Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento

En el plano subjetivo:

la defensa es un derecho individual; objetivamente, es un derecho público que emana del ordenamiento jurídico en su conjunto; axiológicamente, es el derecho del sujeto pasivo de la acción penal de oponerse a la pretensión punitiva, desde el inicio del procedimiento dirigido en su contra y hasta la terminación del proceso, en ejercicio de todas las garantías establecidas para su defensa.¹²⁴

Esta garantía¹²⁵ lleva implícita el derecho a la igualdad, tanto material como formal, es así que ningún ciudadano ecuatoriano o extranjero, de cualquier nivel económico, social, o con discapacidad, en fin, que supuestamente haya cometido una infracción puede verse privado de contar con un defensor, por tanto, para que el desarrollo de la contienda se de en igualdad de armas se requiere que el procesado tenga derecho a la defensa y en cualquier etapa, incluida la preprocesal (investigación previa), es decir en el mismo nivel que la acusación; entonces, el imputado requiere de la asistencia de un defensor que pueda competir con la fiscalía,¹²⁶ sólo de esta forma se pueda materializar esta garantía, pues si se le priva de un defensor técnico o de la defensa material al procesado se vulnera el derecho a la defensa, lo cual en lo posterior generaría nulidades procesales.

3.2.- Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa

Sobre esta garantía¹²⁷ cabe señalar que es un derecho del investigado o procesado que su abogado de confianza o defensor público cuente con el tiempo necesario para que prepare su defensa, esto es, que tenga la posibilidad de leer o estudiar el expediente para que pueda asumir una correcta defensa técnica (incluso su autodefensa: material). De tal forma que si cerca de comenzar, por ejemplo, la AEPJ, y si el procesado a última hora a cambiado de abogado, el juez para garantizar este derecho, debe diferir la audiencia por un tiempo prudencial hasta que el nuevo defensor

¹²⁴ Boris Barrios González, *La defensa penal*, 2011, 19, <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf>.

¹²⁵ CRE, art. 76.7. a.

¹²⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 614.

¹²⁷ CRE, art. 76.7. b.

penal se inteligencie de forma adecuada del caso y así asuma una acertada defensa. También, no está demás señalar, que el procesado y su abogado tienen derecho a que el juez, el secretario, y más personal de los juzgados les faciliten todos los expedientes originales, copias, etc. relativos a la causa que se va a defender, debe contar, asimismo, con el acceso al sistema digital público de la función judicial para conocer todo lo que desee sobre sus causas penales, también, tener apoyo dentro de los juzgados de los dispositivos electrónicos: TV, audios, micrófonos, medios telemáticos para videoconferencias, en fin, todo con miras a evitar obstáculos, demoras, en fin.

3.3.- Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones

Esta garantía constitucional¹²⁸ que también está respaldada en instrumentos internacionales de derechos humanos y que se relaciona íntimamente con el derecho a la defensa y la contradicción, es entendida como “[...] la facultad que tiene todo imputado, y dicho más ampliamente todo justiciable, a ser escuchado por el órgano competente, que en principio es la autoridad judicial, pero excepcionalmente puede serlo la policial durante la faz de prevención [...]”.¹²⁹

El momento que se permite ser oído al investigado o procesado, se garantiza el derecho a la seguridad jurídica, así como el derecho a la defensa, de esta forma puede exponer las razones de su inocencia u oponerse a la acusación con sus pruebas a favor; pero se debe aclarar que esta garantía no implica una renuncia del derecho a permanecer en silencio que se da en el curso de una declaración, en efecto, si se advierte que las preguntas son capciosas o sugestivas puede acogerse al derecho al silencio o consultar con su abogado antes de responder tal o cual pregunta; asimismo, esto, no implica su renuncia del derecho a no autoincriminarse.¹³⁰ La base esencial del derecho a defenderse, en este caso del derecho a ser oído, reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación con miras a aminorar la consecuencia jurídica posible o para inhibir la persecución penal; pero para que esta garantía sea eficiente se le debe otorgar un significado mucho más preciso y

¹²⁸ *Ibidem*, art. 76.7.c.

¹²⁹ Carlos Enrique Edwards, *Garantías Constitucionales en materia penal* (Buenos Aires: Edit. Astrea, 1996), 92.

¹³⁰ Luis Humberto Abarca Galeas, *La defensa penal oral Tomo V, El ejercicio del derecho a ser oído en el proceso penal acusatorio como medio de defensa oral y de prueba oral a favor del acusado* (Quito: Edit. Jurídica del Ecuador, 2006), 10, 12, 13.

valioso que el mero hecho de permitirle verter palabras en el procedimiento penal.¹³¹ Por consiguiente, lo que se busca es que los sujetos procesales participen “[...] en igualdad de condiciones en un proceso administrativo, judicial o constitucional, a ser escuchados en el momento oportuno, presentar argumentos y razones de descargo, contradecir y practicar pruebas e interponer recursos de impugnación [...]”.¹³²

Ahora bien, en las AEPJ, a diferencia de la investigación preprocesal o la audiencia de juicio, este derecho constitucional a la defensa que tienen las personas no suele ser utilizado por éstos, normalmente los abogados públicos o privados les asesoran no intervenir en las mismas, quizá porque consideran que lo que se va a analizar en dicha audiencia tiene que ver con aspectos técnicos en materia penal y constitucional, con lo cual se podría hablar de que se transfiere este derecho a ser oído a los defensores técnicos.

3.4.- Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento

Respecto de esta garantía¹³³, Bentham dijo que “La publicidad es el arma de la justicia”,¹³⁴ por tanto, una garantía fundamental para el debido proceso, pues, gracias a la publicidad, a la presencia del público, se puede asegurar el control de la actividad judicial, y sobre todo la oralidad; gracias a la publicidad “[...] los procedimientos de formulación de hipótesis y de determinación de responsabilidad penal tienen que producirse a la luz del sol, bajo el control de la opinión pública y, sobre todo del imputado y su defensor. Se trata seguramente del requisito más elemental y llamativo del proceso acusatorio”.¹³⁵

En la legislación penal ecuatoriana se establece que todas las audiencias son públicas, incluidas las de

¹³¹ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, 552.

¹³² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, CCE, “Sentencia No. 010-16-SEP-CC”, en *Caso N.º 1718-11-EP*, 13 enero 2016, 9.

¹³³ CRE, art. 76.7. d.

¹³⁴ Jeremías Bentham, *Tratado de las pruebas judiciales, T. I, Libro II*, citado por Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 617.

¹³⁵ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 616.

evaluación y preparatoria de juicio, con excepción de las relacionadas con los delitos contra la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar y contra la estructura del Estado constitucional, que son reservadas,¹³⁶ lo cual se considera tiene su razón de ser, pues, en el caso de delitos sexuales, se lo hace con el propósito de proteger la dignidad, la intimidad, de la presunta víctima, evitar su revictimización, máxime si se trata de niños y adolescentes.

Y en cuanto a al acceso de las partes a todos los documentos y actuaciones del procedimiento, cabe señalar que la defensa penal, el procesado como sujeto pasivo en el proceso, en las audiencias de evaluación y preparatorias del juicio, tiene derecho a acceder al proceso, a fin de que pueda ejercitar ese recurso efectivo o derecho a ser oído por un juez o tribunal independiente, acceso que se le ha de conceder en todas y cada una de las instancias.¹³⁷

3.5.- En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor

Esta garantía¹³⁸ se relaciona con la del numera 3.1., y se refiere a que en caso de que el procesado no desea, o no tiene confianza en un abogado privado tiene derecho a cambiarlo, a relevarlo. Además, puede ser asistido por un defensor público; sin embargo, si al empezar, por ejemplo, la AEPJ, y en la que le estaba defendiendo, por ejemplo, un defensor privado y no ha asistido a la misma pese a ser legalmente notificado y no haber justificado su ausencia, y por consiguiente el juez ya le ha designado uno de oficio, tiene derecho a que se cuente con su anterior abogado privado, o con otro, por tanto, el juez debe diferir la audiencia para otra fecha a fin de conceder esa garantía. Cabe señalar que, en cambio, cuando el abogado designado por el procesado desea renunciar a la defensa de su cliente, este sólo puede hacerlo cuando se alega motivos de conciencia;¹³⁹ por tanto, la defensa penal a favor de un sospechoso o procesado no puede negarse o cambiarse cuando el abogado designado lo desee, so pena de ser sancionado.

¹³⁶ COIP, art. 562.

¹³⁷ Vicente Gimeno Sendra, "El derecho de defensa en España", 14.

¹³⁸ CRE, art. 76.7. g.

¹³⁹ COFJ, art. 331.3.

Por otro lado, los investigados y más aún los procesados, si se encuentran privados de su libertad tienen todo el derecho para comunicarse de forma privada con su abogado dentro de los centros carcelarios, y es más, pueden hacerlo también en los juzgados.

Entonces, el derecho de defensa (que tiene un respaldo constitucional y legal), para que pueda ser efectivo (materializarse) requiere de unas garantías mínimas (básicas) para de esta forma asegurar (garantizar) el debido proceso. Si nos remitimos, por ejemplo, a una AEPJ, el juez para garantizar el debido proceso, debe asegurarse de que, entre otros, el procesado, ahora denominado sujeto pasivo,¹⁴⁰ a quien ya se le ha imputado la comisión de un delito (audiencia de formulación de cargos) y que ahora espera que el fiscal lo acuse, cuente con el apoyo de una defensa penal técnica, esto es, cuente con una garantía básica, y esto porque este derecho es inalienable, esencial, consustancial al ser humano, pues así lo han establecido los instrumentos internacionales de derechos humanos, la CRE y el COIP.

3.6.- Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra

Esta garantía constitucional¹⁴¹ que se refiere a que el investigado o procesado tiene derecho de presentar argumentos o razones como parte de su defensa, así como replicar a la parte contraria, y lo que es más, presentar pruebas y contradecirlas, tiene una relación íntima con el derecho a la defensa y la contradicción, que los analizamos *supra* (Vid. 1 y 2.7 de este cap.). Concretamente, al derecho a presentar prueba se lo conceptualiza como el “[...] derecho subjetivo en el que el ordenamiento jurídico crea una posición jurídica de un sujeto de exigir la prueba frente a otro —el juez— quien actúa como obligado”.¹⁴²

¹⁴⁰ Jorge Zavala Baquerizo, *El proceso penal, Tomo I* (Bogotá: Edit. Edino, 1989), 41. Respecto de la denominación sujeto pasivo en el ámbito procesal, Zavala Baquerizo sostiene que “[...] los sujetos invierten su posiciones y es así como el agente desde el punto de vista sustantivo pasa a ser pasivo desde el punto de vista procesal. El autor es acusado; el sujeto activo del delito es sujeto pasivo del proceso”.

¹⁴¹ CRE, art. 76.7. h.

¹⁴² Luis Bernardo Ruiz Jaramillo, “Derecho a la prueba como un Derecho Fundamental”, *El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucionales y Suprema de Justicia*, Revista Estudios de derecho, Universidad de Antioquia, 2007, 186, en <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/download/2552/2076>.

Ahora bien, el investigado o procesado, a través de su abogado defensor, puede tanto en la etapa preprocesal como en la instrucción fiscal, presentar escritos en los que solicite la práctica de diligencias, peritajes, de que se recepten versiones, de que se oficie las instituciones públicas o privadas con miras a obtener documentos, todo ello con la finalidad de reforzar las razones relacionadas con su defensa y de oponerse a los argumentos de la parte contraria, y en lo que tiene que ver con la AEPJ la defensa penal del procesado también cuenta con el respaldo de esta garantía, que puede aplicarla en los tres controles que realiza el juez, sobre todo en lo relacionado con la intervención oral en torno a los argumentos a favor de su defensa tanto de forma como de fondo.

Si bien en la AEPJ no se presentan pruebas, que puedan ser sometidas a examen y contraexamen, sino elementos de convicción, eso no significa que éstas no entren dentro del aspecto estratégico de la defensa penal, en aras de refutar las imputaciones penales, de realizar un análisis de la calificación jurídica de la acusación respecto de los hechos imputados y así determinar si constituyen o no delito y de esta manera buscar obtener el sobreseimiento del acusado. Se debe considerar que el derecho de oponerse, de rebatir los elementos de convicción de cargo de la acusación representa una manifestación del principio de contradicción con lo cual se busca demostrar los extremos que son utilizados para desvirtuar la imputación de la que es objeto el procesado, lo cual se considera una manifestación de oposición a la persecución penal.¹⁴³

No está demás aclarar que en esta audiencia, respecto de la prueba, sí se les permite a los sujetos procesales realizar el anuncio para la audiencia oral de juzgamiento, en el tercer control, así como pedir su exclusión, que lo analizaremos *infra*. Pero también, se debe mencionar que dentro de la oferta de medios de prueba relacionado con evidencias obtenidas en la fase de investigación previa o instrucción fiscal, se encuentra el anticipo probatorio,¹⁴⁴ con el cual se impedirían resultados perjudiciales a las partes en caso de querer practicar una prueba en la audiencia de juzgamiento; así pues, si hay el riesgo de que no se pueda contar con un testimonio en lo posterior, quizá por problemas de salud del testigo, o para evitar revictimizaciones, se puede prevenir este resultado lesivo a sus intereses con la solicitud de la práctica

¹⁴³ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, T.1, 577

¹⁴⁴ Vid. Sobre prueba anticipada de testigos el art. 502.2 del COIP.

anticipada de la prueba,¹⁴⁵ pero siempre en consideración a las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos para que tengan plena validez, anticipo que se lo tiene que anunciar en el tercer control de la AEPJ, esto es, tanto el documento digital (CD del audio donde consta el testimonio) como la sustentación del perito respecto de la fidelidad de dicho documento, el cual, una vez sometido a contradicción, puede o no ser admitido por el operador de justicia.

4.- La institución de la defensa penal

Se entiende por institución jurídica¹⁴⁶ a cada una de las materias principales del derecho o de alguna de sus ramas como el caso de la familia dentro del derecho civil, o dentro de esta la patria potestad.¹⁴⁷ En un sentido más amplio, las instituciones jurídicas agrupan y esquematizan principios, definiciones y normas en torno a una cuestión jurídica para así facilitar su comprensión teórica y su aplicación; se refiere a los fundamentos legales y doctrinarios que se ordenan alrededor de un tema jurídico determinado: propiedad, matrimonio, etc., organizan el contenido del derecho, desarrollan de forma estructurada un orden jurídico que tiene por objeto alcanzar una finalidad determinada.¹⁴⁸ Las instituciones jurídicas “[...] pueden comprender varios conceptos y varios principios valorativos, pero en ellos los esquemas menores están estructurados en una visión de conjunto que versa sobre un mismo tema que les da unidad y sentido [...]”;¹⁴⁹ así pues, dentro del derecho penal, concretamente del adjetivo o procesal penal, nos encontramos con la institución de la defensa penal, la que, en el caso de Ecuador, no sólo que está contemplada en el COIP, sino también en la Constitución.

¹⁴⁵ V. Guzmán Fluja “Anticipación y preconstitución de la prueba en el proceso penal”, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2006), 224, citado por Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 191.

¹⁴⁶ Raúl Sanz Burgos, coord., *Teoría del derecho*, UNED, 2015, <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-12-otros-conceptos-juridicos-fundamentales>. Según el autor Savigny (teórico de la dogmática jurídica, institucionalista) sostenía que las instituciones jurídicas no se construyen desde las normas, ni desde la dogmática jurídica, sino desde la realidad social..

¹⁴⁷ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV* (Buenos Aires: Edit. Heliastra .S. R. L., 2003), 444.

¹⁴⁸ Lenin Navarro, *Introducción al Derecho (texto-guía)* UTPL (Loja: Edit. UTPL, 2018), 83.

¹⁴⁹ Miguel Villoro, *Introducción al Estudio del Derecho* (México: Edit. Porrúa, 2015), 244.

La defensa penal, como hemos visto *supra*, ha estado presente en una serie de instrumentos internacionales de derechos humanos y también en la CRE como garantía procesal; pero también lo ha estado en el código de procedimiento penal de Ecuador de 1983¹⁵⁰ (en el que prevalecía el sistema inquisitivo), claro que aquí la presencia del defensor de oficio y del defensor particular era mínima, puesto que la presencia del juez penal era omnipotente dentro del proceso penal. Luego, con el código del 2000 (con el que se pasó del sistema inquisitivo al acusatorio) aparece la defensa penal como sujeto procesal y, finalmente, con el COIP de 2014, la Defensa prácticamente es una institución jurídica, es un verdadero sujeto procesal; incluso la Defensoría pública, conforme el COFJ es considerada como organismo autónomo dentro de la función judicial.¹⁵¹

Esta institución que “[...] en materia penal, presenta una dualidad, ya que se trata de un derecho que lo ejercen simultáneamente tanto el propio acusado como su abogado defensor; el primero ejerce la llamada defensa material y el segundo la defensa formal o defensa técnica”,¹⁵² actualmente toma fuerza, al menos en lo teórico, con el sistema acusatorio, esto es, con la separación del juez con la acusación, lo que equivaldría a decir que su papel se consolida con la presencia de los dos anteriores. Este apartamiento, como presupuesto estructural y lógico, es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo acusatorio. Este principio acusatorio o de separación entre juez y acusación (axioma: *nullum iudicium sine accusatione*) no sólo es una garantía procesal sino que también se la considera como una garantía orgánica (organización jurisdiccional), y supone la configuración del proceso penal como una relación triangular entre tres sujetos, dos de los cuales actúan como partes en las causas: acusador y defensor, y un tercero, como súper parte: el juez; por tanto, esta estructura triádica es la que da identidad al proceso acusatorio;¹⁵³ así pues, es en éste donde se reconoció de forma clara el derecho de defensa del investigado y procesado, sea personal y a través de un abogado, y que le daba sentido a la contradicción, todo lo cual no ocurría en el sistema inquisitivo en el que el derecho de defensa prácticamente no existía al menos en la etapa de instrucción.

¹⁵⁰ Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*, Registro Oficial 511, 10 junio 1983.

¹⁵¹ *COFJ*, arts. 285 a 294.

¹⁵² Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, CCE, “Sentencia No. 025-17-SEP-CC”, en *Caso N.º 1361-13-EP*, 25 enero 2017, 7, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/025-17-SEP-CC.pdf>.

¹⁵³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 581.

Claro está que para hablar de una verdadera institucionalización de la defensa penal, como función especializada del proceso penal en la jurisdicción, propiamente como un sujeto procesal,¹⁵⁴ es necesario en primer lugar que se garantice en la práctica, por parte del sistema judicial, la igualdad formal entre los acusadores oficiales y los defensores en general: públicos o privados,¹⁵⁵ es decir, lo que se conoce como igualdad de armas entre la acusación y la defensa. Mientras tanto, no podríamos hablar de una auténtica institución de la defensa penal. Si bien es cierto que en las leyes penales, en los códigos de procedimiento penal de los estados democráticos occidentales, aparece la figura de la defensa penal como institución similar a la fiscalía, pero en la práctica esto no es real, y ello porque si comparamos a estas dos instituciones, vemos que hay una gran diferencia. En efecto, la fiscalía, como titular de la acción penal pública, tiene una serie de facultades contempladas en la ley penal, con miras a conducir la investigación; tiene a su disposición a la policía judicial, cuenta con unidades de delitos especializadas, lo que no ocurre, por ejemplo, con la defensa penal pública que cuenta con recursos materiales y humanos limitados, pero carece de posibilidades cuando se trata de buscar fuentes de prueba por sí misma; incluso, la defensa privada, que tiene la ventaja de poder dedicarse de forma exclusiva a determinados casos, no tiene el poder coactivo para añadir la prueba al proceso.¹⁵⁶

Si queremos que la defensa llegue en igualdad de condiciones con la fiscalía, o con un verdadero equilibrio a una audiencia de decisión jurisdiccional y así enmarcarse dentro de la lógica del sistema acusatorio, es necesario que se le concedan similares oportunidades a las de la fiscalía en la preparación del caso, sobre todo porque la defensa no tiene derecho reconocido a conocer la totalidad de la evidencia sino hasta la audiencia de formulación de cargos, donde el fiscal imputa o procesa a una persona investigada; por tanto, la defensa debe contar con la posibilidad de poder indagar materialmente en las mismas condiciones que lo hace la fiscalía, con un despliegue de talento humano y medios y así ejercer objetivamente el principio de contradicción de la prueba, todo ello con el objetivo de encontrar la verdad en el proceso penal, con miras a evitar errores, impunidad, en fin.¹⁵⁷ Pero, siendo realistas y objetivos, lo

¹⁵⁴ COIP, art. 439.

¹⁵⁵ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 13.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ Cfr. Mauricio Pava Lugo, *La defensa en el sistema acusatorio* (Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009), 51, 52, 60; Christian Norberto Hernández Aguirre, *El derecho de defensa adecuada en el sistema penal acusatorio*, 32, en

mencionado *ut supra* vendría a ser una aspiración futura, porque en la actualidad es un ideal. En verdad, equiparar el poder penal del Estado, que se lo ejerce a través de la fiscalía y la policía que se encargan de investigar los hechos punibles, con las facultades con las que cuenta el imputado, su defensa penal, es muy difícil. Existe una desigualdad real entre quien acusa y la persona que soporta la persecución penal, por tanto, de momento, es un ideal lograr el proceso de partes, es decir, dotar al imputado, a la defensa penal, aunque sea de manera parcial, de facultades similares a las de los órganos de persecución penal y del auxilio procesal necesario para que pueda resistir la persecución penal.¹⁵⁸

Y en relación a las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio (AEPJ), esta institución tiene activa presencia, es parte fundamental de las mismas, como privada o pública, si bien es cierto que cabe la autodefensa del procesado, también conocida como defensa material y que veremos *infra*, en la práctica eso no ocurre, puesto que el juez como garantista del proceso designa un defensor de oficio en caso de que no tuviese la posibilidad de contar con uno privado.

Finalmente, cabe señalar que si la Defensa penal es “[...] el conjunto de argumentos y fuentes de prueba de los que se valen la persona inculpada y sus representantes o defensores para refutar los señalamientos que involucran a dicha persona en la comisión de un hecho punible, mediante una actividad que deben desarrollar conforme a la ley dentro y fuera del proceso penal”,¹⁵⁹ el objeto de la defensa penal (aunque en abstracto, puesto que los hechos y el derecho se lo debe apreciar en cada caso particular) es la combinación de los argumentos tanto de hecho como de derecho para refutar las imputaciones; respecto de la prueba de la defensa, la acreditación o desacreditación de ciertos hechos, pero también someterlas al criterio del derecho: admisión, práctica, valoración.¹⁶⁰ A su vez, la misión o el encargo del defensor penal respecto del procesado consiste en garantizar el respeto a la ley y a la justicia por parte de los organismos del procedimiento penal, asimismo, debe vigilar el proceso penal para evitar infracciones de ley o injusticias en contra de su cliente,

https://www.researchgate.net/publication/318714291_El_derecho_de_defensa_adeuada_en_el_sistema_penal_acusatorio.

¹⁵⁸ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, 578

¹⁵⁹ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 2.

¹⁶⁰ *Ibid.*, 16, 17.

finalmente, dicho control debe ser ejercido con independencia del poder sancionador.¹⁶¹

Ahora, respecto de la AEPJ, la función primordial de la defensa penal, del defensor penal consiste en evitar que el procesado sea llamado a juicio, por el contrario que sea sobreseído, ante lo cual buscará convencer al juez para que determine que los hechos no constituyen delito o, por ejemplo, con base a un análisis de tipicidad, que los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía no fueron suficientes para que se pueda presumir la existencia del delito o participación del procesado, e incluso, convencerlo de que existe alguna causa de exclusión de la antijuridicidad,¹⁶² con lo cual estamos hablando de una defensa penal de fondo que lo analizaremos *infra*; pero antes, buscará, de ser el caso, objetar vicios formales en el proceso, así como argumentar, en caso de haberlo, la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y procedimiento que podrían afectar la validez del proceso, y el juez podría declarar la nulidad siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión,¹⁶³ ante lo cual nos encontramos frente a la defensa penal de forma, que también lo estudiaremos *infra*.

4.1.- Defensa material y defensa técnica

La actividad acusatoria puede ser refutada por el procesado a través de dos modos subjetivos diferentes: la defensa material y la defensa técnica. La primera es aquella que la: “[...] realiza el mismo imputado, bien por acción o por omisión, de manera oral o por escrito, con palabras o con gráficos o dibujos [...] encaminadas a refutar las imputaciones que de manera directa o indirecta se le hacen, dentro o fuera del proceso”.¹⁶⁴ Así pues, la material la realiza el propio procesado, de manera directa y personal, con independencia de que exista o no abogado, con sus propias expresiones defensivas, con explicaciones vertidas a través de declaraciones en las diferentes etapas del proceso, en un careo; confrontando con el testigo, con el coimputado; con la facultad de interrogar a un testigo; cuando introduzca objeciones a algunas diligencias, cuando toma la palabra en el último acto del debate oral, en fin.¹⁶⁵ Esta autodefensa también realiza actividades encaminadas a preservar o restablecer su

¹⁶¹ Karl Heinz Goessel, *El defensor en el proceso penal* (Bogotá: Edit. Temis, S.A. 1989), 28.

¹⁶² COIP, art. 605. 2 y 3.

¹⁶³ *Ibíd.*, art. 604. 1 y 2.

¹⁶⁴ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 30.

¹⁶⁵ Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado* (Santa fe: Edit. Rubinzal-Culzoni, 2005), 154.

libertad: impedir la condena, obtener la menor sanción posible; claro que este derecho a defenderse por sí mismo requiere que el procesado tenga la capacidad necesaria de discernimiento para poder hacerla valer dentro del proceso.¹⁶⁶ Ahora, en la práctica, la presencia del procesado asumiendo su propia defensa en las causas penales, no suele darse, con excepción claro está de que coincida de que es abogado en libre ejercicio de la profesión.

Si consideramos que el derecho es complejo, además de que el Estado cuenta con cualificados expertos en derecho para defender sus pretensiones, nuestras leyes procesales imponen, para acceder a la jurisdicción como demandante o demandado, o como acusador o acusado, la necesidad de comparecer en el proceso con la asistencia de un abogado; no en vano la Constitución les confía a estos profesionales la función de defensa de los derechos subjetivos, públicos y privados, así como los intereses legítimos de los ciudadanos.¹⁶⁷ A esto hay que agregar que incluso el COFJ determina la presencia de estos en todo proceso judicial, excepto en procesos jurisdiccionales.¹⁶⁸

La defensa técnica, en cambio, consiste en el:

asesoramiento del imputado de una persona conocedora tanto de las normas que rigen el proceso penal como del derecho penal material, que se transforma en su portavoz para muchos actos del proceso y que tiene la misión de asegurarle el adecuado ejercicio de su derecho a la defensa y la legalidad plena del tratamiento de su caso.¹⁶⁹

Por tanto, como una exigencia necesaria, va paralela a la material, la ejerce un abogado con conocimientos técnico-jurídicos, quien despliega una actividad científica encaminada a: asesorar técnicamente al procesado respecto de sus derechos y deberes; a controlar la legalidad del procedimiento, el control crítico de la producción de pruebas de cargo y de descargo, la exposición crítica de los fundamentos y pruebas de cargo desde el enfoque de hecho y de derecho; a impugnar y recurrir autos, resoluciones y sentencias.¹⁷⁰

La introducción del abogado defensor, del defensor técnico, según menciona el jurista británico John H. Langbein, tuvo como antecedente los procesos penales de 1730 en Inglaterra, en el que los jueces de ese entonces, con el objeto de evitar errores

¹⁶⁶ Vicente Gimeno Sendra, "El derecho de defensa en España", 21.

¹⁶⁷ Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal* (Madrid: Edit Colex, 2009), 227.

¹⁶⁸ COFJ, art. 327.

¹⁶⁹ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 33.

¹⁷⁰ Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado*, 154, 155.

en la apreciación de la culpabilidad del acusado, permitieron que un ayudante le asesore a éste, es decir, que complemente los esfuerzos del acusado en su autodefensa, pero sólo en el contrainterrogatorio; los jueces creyeron que los procesos penales iban a realizarse siempre de esta manera, sin la presencia de juristas profesionales, pero fue un error de cálculo, pues, esos ayudantes pasaron a constituirse en defensores penales técnicos, ese asesoramiento trajo consigo un cambio estructural en el proceso penal, dividió los dos papeles tanto de protección como de exposición testimonial que estaban concentrados en el acusado,¹⁷¹ así pues, la defensa técnica ha evolucionado a tal punto que actualmente está respaldada en varios instrumentos internacionales de derechos humanos y es ampliamente aplicada en los ordenamientos jurídicos de los países democráticos.

Si bien se habla de la defensa material asumida por el propio investigado o procesado, lo cual incluso consta como garantía judicial en la CADH, esto es, cuando dispone que todo ciudadano inculcado de un delito tiene derecho durante el proceso a defenderse personalmente o a ser asistido por un defensor de su elección; también señala que tiene derecho de ser asistido por un defensor público en caso de que no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor de su elección,¹⁷² con lo cual se asegura su defensa penal, en caso de que no quiera o no pueda asumir su autodefensa. En este sentido la constitución ecuatoriana, como una forma de garantizar el derecho al debido proceso, establece que los ciudadanos, y más aún si están privados de su libertad,¹⁷³ deben contar con el derecho a la defensa penal en todas las etapas o grados del proceso, es más, con la asistencia de un abogado de su elección, de su confianza, o de un defensor público,¹⁷⁴ con esta garantía de contar con un defensor técnico se trata de evitar que un ciudadano involucrado en una presunta infracción penal quede desprotegido, si bien puede alegarse que éste podría asumir su autodefensa, quizá porque tiene algunos conocimientos jurídicos, aunque no sea abogado, no se puede

¹⁷¹ Oscar Guerrero Peralta. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal* (Bogotá: Edit. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005), 6, 7, citado por Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 12.

¹⁷² CADH, art. 8. 2. d. y e., en Luis Pásara, *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, 169.

¹⁷³ Sobre garantías básicas en caso de privación de la libertad de una persona Vid. en CRE. Art. 77.

¹⁷⁴ CRE, art. 76.7. a y g.

correr el riesgo de que su defensa fracase; pues, un error relacionado, por ejemplo, con la mala práctica de una prueba, podría costarle el juicio, podría agravarle la pena.

También se debe considerar la situación en la que el procesado no reciba una defensa penal adecuada, plena, de calidad, efectiva de parte de un abogado de su confianza o defensor público; es decir, es víctima de una mala defensa técnica, de una vulneración de su derecho constitucional a la defensa, lo que le generaría perjuicios, que su situación se agrave, pues el juez no está facultado para corregir las fallas y deficiencias del abogado defensor en la audiencia. Así, por ejemplo, podría presentarse casos en los que el abogado en vez de asesorar correctamente a defendido lo perjudica, en vez de contrarrestar los argumentos del fiscal, del acusador, más bien, tácitamente los acepta, con lo cual se estaría yendo contra la naturaleza adversarial del proceso, en oposición al derecho de defensa contemplado en la Constitución, no estaría acorde a los postulados del garantismo penal. En este tipo de situaciones puede el juez apartarle del proceso y pedir al procesado que designe otro de su confianza o en su defecto, le designa un defensor público.¹⁷⁵ Incluso, se presentan casos en que se declara la nulidad de lo actuado debido a la falta de defensa técnica penal de los abogados privados;¹⁷⁶ y en el caso concreto de la defensa pública, la ley penal de Ecuador también establece que el juzgador, previa petición de la persona, relevará de la defensa al defensor público, cuando sea manifiestamente deficiente.¹⁷⁷

Sobre la defensa material o autodefensa dentro de las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio, que es muy diferente, por ejemplo a la fase de investigación previa, cabe mencionar que el juez, de conformidad con el COFJ no permite la misma, por tanto, lo mencionado *supra* no suele darse; como una forma de garantizar el debido proceso, dependiendo de las circunstancias, el juez nombra un abogado de oficio, pues, debe comparecer con la asistencia de un defensor técnico; además, la constitución

¹⁷⁵ Argentina CSJN, “S.62.XL.Schenone, Carlos”, *Causa No. 1423, 2006*, en <https://www.google.com/search?q=caso+Schenone%2C+Carlos%2C+Causa+No.+1423%2C+2006.&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab>. En un Recurso in forma pauperis presentado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Argentina, una abogada defensora del ciudadano imputado Carlos Schenone, debido a su deficiente defensa técnica, y con el objeto de evitar la nulidad, que se afecte la garantía constitucional del derecho de defensa, la precitada CSJN decidió apartarla de la defensa del imputado y se le dio la oportunidad a éste de nombrar otro abogado.

¹⁷⁶ Ecuador Tribunal Octavo de Garantías Penales de Pichincha, *Causa No. 0090-2012, drogas* y Tribunal Segundo de Garantías Penales de Pichincha, *Causa No. 0083-2012, atentado al pudor*, citado por Julio Benavides Montenegro, “La calidad de la defensa técnica penal pública ecuatoriana” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012), 123, 124, 128, 129, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3309/1/T1227-MDE-Benavides-La%20calidad.pdf>.

¹⁷⁷ *COIP*, art. 451.

ecuatoriana¹⁷⁸ establece como una garantía básica que en los procedimientos judiciales el procesado debe ser asistido por un abogado de su elección o por un defensor público, lo cual está en relación con la ley de la función judicial ecuatoriana¹⁷⁹ y ello para garantizar cierta igualdad en la contienda, lo que no ocurriría con la autodefensa. Así pues, se debe tomar muy en cuenta este derecho a la asistencia de un abogado, pues, es una facultad que le asiste al procesado o imputado de poder elegir un abogado de su confianza, o de reclamar la intervención de un abogado de oficio, de un defensor público, cuando la actuación procesal pueda ocasionar una indefensión material.¹⁸⁰

Finalmente, se requiere que la defensa técnica para este tipo de audiencias sea una competente, que el abogado tenga adecuados conocimientos en materia constitucional y penal, experiencia en litigación oral, que conozca de jurisprudencia relativa al caso que defiende, todo ello con el objetivo de evitar una mala defensa, lo que a la postre podría significar que en vez de colaborar para que su defendido sea sobreseído, más bien, genere el llamamiento a juicio; claro que, en la AEPJ los defensores penales no siempre tienen conocimientos en materia penal, más bien, se dan casos en los que abogados que conocen de materia civil asumen la defensa penal con lo cual se afecta la defensa técnica del procesado.

4.2.- La Defensa penal privada y la pública

Dentro de la defensa técnica encontramos la privada o particular y la pública, esto es, al defensor de confianza elegido por el ciudadano investigado, procesado o acusado y al defensor público.

Se considera como defensa privada a la ejercida por “[...] abogados, procuradores o letrados en libre ejercicio designados por el imputado, con independencia de que se hayan pactado o no honorarios profesionales [...] La esencia de la defensa privada consiste, pues, en el compromiso que representa la aceptación de la encomienda [...]”.¹⁸¹ La designación del defensor dentro de un proceso penal

¹⁷⁸ CRE, art. 76.7.g.

¹⁷⁹ COFJ, art. 327.

¹⁸⁰ Vicente Gimeno Sendra, “El derecho de defensa en España”, 22, 23.

¹⁸¹ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 45

podría hacerlo directamente el procesado, y para considerarse constituido como tal, normalmente, se fija domicilio judicial, aunque también podría hacerlo con actos de defensa, y que luego se lo ratifica.¹⁸² Pero también se presentan casos en los que se lo podría designar con procuración judicial¹⁸³ a favor de un abogado de su confianza, e incluso de la defensoría pública: defensores de la sección de patrocinio.

En verdad, en cualquier etapa del proceso penal podría presentarse la situación de que el procesado¹⁸⁴ designe un defensor mediante procuración cuando esté ausente, esté fuera del país, o no quiera comparecer al proceso. Se debe aclarar que la procuración tiene sus limitaciones, esto es, la misma sirve sólo hasta la audiencia de juzgamiento, por tanto, en esta debe estar presente el procesado con su abogado defensor, pues así lo establece nuestra legislación penal;¹⁸⁵ pero, respecto de la presencia del procesado, también hay que tomar en cuenta algunas excepciones contempladas en la Constitución como son los casos de delitos de peculado, cohecho,¹⁸⁶ cuyos juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas, o en el COIP en el caso de delitos de acción penal privada: calumnia, usurpación,¹⁸⁷ en donde si no asiste el querellado a la audiencia se continúa la misma en su ausencia; por consiguiente, en estos casos puede actuar el abogado designado con procuración.

Entre los principios básicos sobre la función de los abogados establecidos por la ONU existe uno en el que señala que: “Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”,¹⁸⁸ lo cual está en concordancia con la ley penal ecuatoriana que menciona que la defensa de los

¹⁸² Carlos Creus, *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires: Edit. Astrea, 1996), 278.

¹⁸³ *COFJ*, art. 333. Vid. también *COIP*., art. 563.10 y Ecuador *Código Orgánico General de Procesos*, *COGEP*, R. O. No. 506, 22-V-2015, art. 41. 42. 43, 44 y 45. El abogado no requiere poder especial para impugnar en representación de su cliente, podrá intervenir en actos procesales ofreciendo poder o ratificación; bastará que en los poderes de procuración judicial se haga constar el encargo de patrocinar en causa o de ejercer la procuración judicial, para que sea suficiente, y sólo cuando es por mandato expreso de la ley se exigirá que en el texto del poder de procuración judicial conste el encargo, con indicación expresa del tipo de proceso, las partes, los antecedentes de hecho y de derecho, las facultades dadas al procurador.

¹⁸⁴ *COIP*, art. 49. Sujeto activo de un delito podría ser cualquier persona, tanto natural como jurídica, en este último caso, podría considerarse a una empresa responsable de una infracción penal y ser procesada y su representante legal comparecer al proceso con un procurador.

¹⁸⁵ *Ibid*, art. 563.11.

¹⁸⁶ *CRE*, art. 233.

¹⁸⁷ *COIP*, art. 649.5.

¹⁸⁸ “Principios básicos sobre la función de los abogados”, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, septiembre 1990, en Luis Pásara, *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos*, 528.

ciudadanos estará a cargo de un abogado de su elección, de un abogado privado o particular para que asuma la misma en los procesos penales, claro que, en caso de no poder contar con el mismo, se le asigna un defensor público e incluso tiene derecho a la autodefensa.¹⁸⁹ Vale señalar que los colegios de abogados, como corporaciones de derecho público, existen para controlar la disciplina de sus socios, a más de constituirse para su defensa, para su representación y hasta para vigilar la deontología profesional.¹⁹⁰ Pero en el caso de Ecuador, al menos en lo referente a la potestad disciplinaria, la ejerce el consejo de la judicatura, a través del COFJ; y para ejercer la profesión de abogado (a), aparte de que el título debe estar inscrito en el Consejo de Educación Superior, se requiere que forme parte del Foro de Abogados del Consejo de la judicatura.¹⁹¹

La defensa pública, de su lado, es la ejercida por los abogados designados por el Estado, de forma gratuita y con el carácter de subsidiario, ante la imposibilidad o negativa del procesado, independientemente de que sea pobre o adinerado, a nombrar él mismo a su defensor privado.¹⁹² Claro que el derecho a contar con un abogado defensor en su sentido más genuino significa contar con uno de confianza y que sólo en sentido subsidiario se da la obligación estatal de proveer un defensor al ciudadano que no pueda tenerlo; además, en consideración a la gran cantidad de casos que atiende la defensa pública, cada vez más se pierde el sentido básico del derecho que implica la relación de confianza entre el procesado y su defensor; por tanto, la dificultad de nombrar directamente un abogado por problemas económicos genera cada vez más acogida la defensa pública, así pues, de lo que ahora se trataría es de establecer mecanismos que permitan construir una relación de confianza en el marco de los sistemas de defensa pública.¹⁹³

La necesidad de contar con la defensa pública, como una forma de garantizar el debido proceso y así contrastar la ineffectividad que tiene el derecho de defensa de las personas en condiciones socio económicas desfavorables y para asegurar de la mejor manera posible la paridad entre defensa y acusación,¹⁹⁴ no es reciente, ya en la

¹⁸⁹ COIP, art. 452.

¹⁹⁰ Vicente Gimeno Sendra, *Introducción al derecho procesal*, 236, 237.

¹⁹¹ COFJ, art. 324.

¹⁹² Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 45

¹⁹³ Alberto Binder, Ed Cape, Zara Namoradze, *Defensa penal efectiva en América latina* (Bogotá: Ediciones Antropos Ltda., 2015), 71.

¹⁹⁴ Ferrajoli, Luigi, "La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública", en *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*. 86, 87, <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29271.pdf>.

época del liberalismo penal se hablaba de la necesidad de contar con un defensor público, de un magistrado, como parte de un Ministerio Público de la Defensa o Tribunal de la defensa. Bentham decía que era fundamental situar de forma visible “[...] al lado del magistrado que persigue el crimen, un magistrado que vele por la suerte del inocente, que no le permita a la acusación ventaja alguna que no esté compartida con el defensor, y que estas dos funciones estén separadas de la del juez, de tal suerte que éste pueda garantizar íntegramente la imparcialidad”.¹⁹⁵

Ahora, en el caso de Ecuador, la defensa pública, en consideración al derecho de defensa que tienen los ciudadanos, es decir, como una garantía en los procedimientos judiciales de ser asistido por un defensor público, ante la falta de uno privado,¹⁹⁶ está manejada por la Defensoría pública, conforme lo establece la Constitución y la ley de la Función Judicial; institución pública que es considerada como un órgano autónomo de la función judicial y que entre sus funciones principales están la de prestar de forma gratuita y oportuna asesoría y representación judicial a personas que no puedan contar con las mismas por cuestiones económicas, y en lo concerniente a la defensa penal, prestar este servicio a aquellos ciudadanos que carezcan de abogado, o a petición de parte interesada, o por designación del juez o tribunal competente.¹⁹⁷ Sobre la defensa pública penal nuestra ley penal señala incluso que la asistencia legal de la persona será desde la fase de investigación previa hasta la finalización del proceso, pero siempre que no cuente con un defensor privado.¹⁹⁸

En lo que tiene que ver con las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio los procesados pueden comparecer a través de sus abogados tanto públicos como privados, que ya han sido designados y han señalado domicilio judicial, también con procuración conferida ante notario. El procesado no está obligado a comparecer en persona a esta audiencia; no obstante, es un derecho, en caso de estar privado de su libertad, asistir a la misma; y si no es posible su presencia física se lo puede hacer por medios telemáticos, por videoconferencia. En esta parte, no está demás mencionar que la intervención que ejerce el abogado defensor público o privado en el proceso cesa

¹⁹⁵ Jeremías Bentham, *De l'organisation judiciaire et de la codification. cop XIX, en Ocubres, Vol. III, (1791), 35*, citado por Luigi Ferrajoli, “Garantismo y defensa penal o sobre la defensa pública”, en *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*, http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/ass_internacional/redpo/n1/1-garantismo-y-defensa-penal.pdf, 11.

¹⁹⁶ CRE, art. 76. 7, g.

¹⁹⁷ Vid. CRE, art. 191, 193, COFJ, art. 285, 286.

¹⁹⁸ COIP, art. 451.

cuando el procesado le releva de la defensa a éste y designa a otro defensor que puede ser público o privado; pero también puede darse el caso del abandono sin justa razón de la defensa, lo que generaría un perjuicio al procesado y consecuencias como que se declare la audiencia fallida a costa del defensor público o privado que la provocó, así como las respectivas sanciones.¹⁹⁹

4.3.- Defensa penal de forma y de fondo

Toda defensa penal se manifiesta de dos maneras: una de forma, dirigida a preservar la equidad del juzgamiento, a garantizar el debido proceso, la observancia de los derechos y garantías constitucionales del procesado, a buscar las mejores soluciones procesales para el imputado, es decir, guarda relación con el cumplimiento de las formalidades esenciales del proceso por parte de jueces y fiscales, y otra, de fondo, que consiste en la actividad procesal encaminada a refutar los hechos imputados, las objeciones de elementos de convicción, las pruebas de descargo; por tanto, a la defensa de forma le corresponde asegurar el marco adecuado para la defensa de fondo.²⁰⁰

La defensa de forma o defensa formal se la conceptualiza como el “[...] conjunto de actos que puede y debe desarrollar el defensor para la preservación o aseguramiento del debido proceso en las condiciones específicas del ordenamiento jurídico que rige el proceso penal en tiempo y lugar determinados [...] constituye el aspecto táctico de la defensa penal”.²⁰¹ Este tipo de defensa se manifiesta en el plano constitucional y procesal penal ordinario, en cualquier estado o etapa del proceso, esto es, con objeciones a las vulneraciones del derecho de defensa que tiene el investigado o procesado, con refutaciones en torno al debido proceso relacionadas con instituciones procesales,²⁰² con la competencia, la prescripción, doble juzgamiento, requisitos de procedibilidad, las cuestiones prejudiciales, recusaciones, control de los tiempos procesales, vicios formales, control de licitud de la prueba de cargo y de la forma como se incorpora al proceso, en fin. Ahora, la finalidad de la defensa penal formal se cumple cuando el titular del órgano jurisdiccional destinatario de la defensa

¹⁹⁹ COFJ, art. 335, 336 y 337, COIP, art. 452.

²⁰⁰ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 69.

²⁰¹ *Ibid.*, 71.

²⁰² *Ibid.*, 73, 74.

formal rechaza las actuaciones preprocesales o procesales vulneradoras de las garantías del debido proceso y, por consiguiente, los resultados obtenidos con dicha vulneración, lo que conlleva a que se declare la nulidad.²⁰³

La defensa de fondo, en cambio, consiste en el aspecto estratégico de la defensa penal, va dirigida a refutar o morigerar las imputaciones penales y sus fundamentos para lo cual se exige una valoración crítica de los hechos imputados, con miras, entre otras razones, a determinar si éstos son ciertos o falsos, si son atribuibles al imputado y de esta forma oponer hechos exculpatorios o atenuantes; también, al análisis de la calificación jurídica que la parte acusadora confiere a los hechos imputados para determinar si constituyen o no delito, y en caso de ser así, establecer si es o no adecuada la calificación realizada por la acusación; asimismo, a la valoración exhaustiva de la prueba de cargo para establecer su legalidad, pertinencia, aplicación de la contraprueba, con lo cual se puede determinar las posturas, estrategias o tesis de defensa,²⁰⁴ para de esta manera alcanzar objetivos tales como el sobreseimiento, la absolución, o en caso de una eventual condena, las atenuaciones, en fin.²⁰⁵

En esta defensa de fondo, en la fase intermedia del proceso, es decir cuando se refiere a la AEPJ, lo primero que debe realizar el defensor es verificar si la acusación recoge con objetividad el resultado de la investigación previa, analizar los elementos de convicción dentro de la instrucción fiscal, si no se ha tenido conocimiento de estos; desde ese momento el defensor debe revisarlos con miras a escrutar sus falencias, puesto que en caso de existir causales claras para el sobreseimiento deberá ponerlo de manifiesto, entre las falencias están las relacionadas, por ejemplo, con las pericias que a veces suelen ser inútiles e impertinentes; y en lo concerniente al anuncio de prueba, en el caso de que el juez dicte auto de llamamiento a juicio, el defensor penal debe ofrecer únicamente las que apoyen sus tesis de defensa de fondo.²⁰⁶ No está demás señalar que también se debería velar por el principio de congruencia cuando se detecte que en la formulación de cargos se ha imputado a un ciudadano por un tipo penal determinado y en la acusación que lo hace con otro diferente.²⁰⁷

²⁰³ Luis H. Abarca Galeas, *La defensa penal oral, T. IV. Los medios de defensa formal orales y los medios de prueba orales*, (Quito: Edit. Editorial Jurídica del Ecuador, 2006), 28.

²⁰⁴ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 91.

²⁰⁵ *Ibid.*, 95.

²⁰⁶ *Ibid.*, 226, 227, 228.

²⁰⁷ Eduardo M. Jauchen, *Derechos del imputado*, 168.

Cabe señalar también que para poder ejercer la defensa penal se requiere de medios jurídicos procesales, los que en consideración a la naturaleza y características del delito imputado o acusado, así como de los elementos de convicción, elementos de prueba que les sirven de fundamento, el defensor penal los utiliza para refutar o demostrar que los elementos de la parte contraria carecen de valor, no sirven de fundamento o se desvirtúan con la explicación del significado lógico, natural y necesario de los hechos, o cuando se informa de la existencia de circunstancias favorables al procesado;²⁰⁸ claro que estos medios deben ser pertinentes, eficaces, es decir adecuados para formular una oposición real y efectiva a una imputación o acusación. Por ejemplo, si se aplica el principio de legalidad como medio de defensa, el defensor no debe alegar legítima defensa en el caso de un robo, sino estado de necesidad cuando el procesado se apropió de algún bien mueble.

El derecho de defensa es considerado como una garantía constitucional y legal lo que implica que los ciudadanos en las distintas etapas del procedimiento penal deben contar con la presencia necesaria de un defensor privado y a falta de este uno público, y ello porque es la parte más débil del proceso; claro que, a veces, esta defensa es inadecuada, con lo cual se ve más afectada la igualdad de los sujetos procesales. Por tanto, es necesario que ese derecho de defensa se refiera también a la eficiencia, para así hablar del derecho a una buena defensa, a una defensa integral, de forma y de fondo al mismo tiempo.

La Constitución señala que cuando se trate de procesos en los que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se tiene que asegurar el derecho al debido proceso con la inclusión de garantías básicas tales como la del derecho que tienen las personas a la defensa, que, a su vez, contendrá la siguiente garantía:²⁰⁹ “[...] h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra [...]”,²¹⁰ de lo anterior se colige que la defensa penal, dentro de las diferentes etapas del proceso penal, de las diferentes audiencias, también consiste en esgrimir verbalmente argumentos para que se garantice el debido proceso, replicar a la parte contraria, contradecir las razones de la

²⁰⁸ Luis H. Abarca Galeas, *La defensa penal oral, T. II, Los medios de defensa oral* (Quito: Edit. Editorial Jurídica del Ecuador, 2006), 7, 8, 9.

²⁰⁹ CRE, art. 76. 7.

²¹⁰ Ibid., art. 76. 7. h

fiscalía, y en las audiencias de juzgamiento presentar pruebas y contradecir las que presente la fiscalía o acusación particular; todo lo cual se logra con la actuación del defensor técnico, a través de adecuados conocimientos en materia constitucional y penal (teoría del delito), además, experiencia en litigación oral y más, lo que significa que la defensa penal del abogado público o privado debe referirse tanto a la defensa de forma como a la de fondo.

Si consideramos que el defensor es una persona profesional, un abogado que asume el cargo de manera formal frente a una autoridad con el objeto de asistir, asesorar, representar al investigado o procesado, así como realizar todas las acciones legales que le sean favorables en cuanto a su posición dentro de la causa penal a la que está supeditado, lo que implica manejar la defensa de forma y de fondo, es obvio que, dentro de un sistema penal acusatorio, y como una manera de satisfacer tanto las expectativas del procesado que viene a ser un usuario así como el cumplimiento de las exigencias constitucionales a una defensa eficiente, el defensor penal debe reunir cualidades no sólo relativas a las ya mencionados conocimientos en derecho constitucional y derecho penal sustantivo y adjetivo, y que posteriormente servirán como parámetros para medir el desempeño de estos en la AEPJ, sino también habilidades y destrezas tales como capacidad investigativa, oratoria; vocación dirigida al autocontrol, confiabilidad, comprensión, conciencia emocional y experiencia necesaria.²¹¹

En el caso de las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio, conforme nuestra legislación penal, se utiliza la defensa de forma cuando el abogado defensor detecta que se ha producido en alguna etapa o fase procesal la vulneración de una determinada garantía constitucional del debido proceso, también, cuando se alega sobre requisitos de procedibilidad, de cuestiones prejudiciales, casos de competencia y cuestiones de procedimiento, las mismas que cuando no son observadas afectan la validez procesal y generan la nulidad cuando influye en la decisión del proceso o provoque indefensión.²¹²

Como ejemplo de alegación por vulneración al derecho a la defensa, tenemos las de indefensión generadas cuando el procesado, sin su presencia física ni tampoco

²¹¹ Fondo Justicia y Sociedad, *Modelo integral de defensa penal*, 19-26.

²¹² *COIP*, art. 604.2.

con su defensor de confianza, ha sido imputado por el presunto delito de homicidio en una audiencia de formulación de cargos, es decir, este procesado sólo contaba con la defensa de un defensor público asignado por el juez penal porque no fue notificado de forma legal, y todo ello porque el fiscal no había agotado los medios necesarios que permitan identificar el domicilio del investigado.²¹³ Como se ve en este caso la defensa no va dirigida a impugnar lo relacionado con elementos de convicción relativos a la existencia de la presunta infracción de homicidio, en cuyo caso se aplicaría la defensa de fondo, de ahí que debe ser pertinente.

Sobre la indefensión vale decir que, a veces, cuando se presentan este tipo de situaciones, los defensores penales e incluso los jueces no se percatan de dichas vulneraciones al debido proceso y se avanza a la siguiente fase, a la del dictamen acusatorio, y que en caso de que el juez llame a juicio al acusado, prácticamente se estaría convalidando dicha vulneración al derecho constitucional de defensa. También, en la defensa de forma, cuando se analiza requisitos suele ocurrir que se presentan situaciones en las que los defensores no objetan ninguna de estas, y lo que es peor, a veces, por ejemplo, confunden requisitos de procedibilidad con cuestiones de procedimiento, lo cual es impertinente, volviendo a la defensa ineficiente. En el caso de las AEPJ la defensa de fondo debe ir dirigida entre otras, a objetar a la acusación, pero los defensores rara vez analizan los elementos de convicción, y cuando se trata de examinar la tipicidad o antijuricidad, la situación es más complicada debido a que son muy pocos los abogados que manejan teoría del delito, las categorías dogmáticas, con lo cual la defensa penal se vuelve ineficiente. También, suele ocurrir que en estas audiencias, en caso de que se dicte auto de llamamiento a juicio, se anuncian pruebas consideradas inadmisibles,²¹⁴ tales como partes policiales, e incluso informes periciales sin el correspondiente pedido de que el perito que hizo dicho informe comparezca a rendir su testimonio en la audiencia de juicio.

Sin duda la defensa de forma y de fondo va ligada a la eficiencia y calidad con la que cuentan los defensores penales, no obstante, estas últimas no suelen formar parte de los atributos de todos los abogados. Incluso, se dan casos en que algunos de ellos incumplen con preservar los derechos y garantías constitucionales de sus clientes:

²¹³ *COIP*, art. 594.3.

²¹⁴ *Ibid.*, arts. 604.4. y 454.6.

dentro de los procesos penales presentan escritos mal fundados, no aplican estrategias defensivas, presentan recursos mal planteados e inoportunos.²¹⁵ Y es más, la abogacía, que solía ser ejercida por una conciencia responsable, en algunos casos, ha pasado a ser un oficio de comercio, de tal forma que la defensa se la aplica dependiendo de quién sea el cliente, si es uno de cuello blanco, por ejemplo, no sólo su defensor, sino hasta el juez o el tribunal se esmeran en sus intervenciones y utilizan sus conocimientos al máximo.²¹⁶

En el siguiente capítulo, se estudiará lo concerniente a la AEPJ, conforme el COIP, audiencia que en el presente caso sirve de escenario para que actúen los defensores penales de los procesados, y de esta forma, a continuación, enfocarnos en el desempeño que éstos realizan en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito.

²¹⁵ Alberto Binder, Ed Cape, Zara Namoradze, *Defensa penal efectiva en América latina* (Bogotá: Ediciones Antropos Ltda., 2015), 155.

²¹⁶ Raúl A. Ceruti, *Criminología de la inocencia* (Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2005), 182, 183.

Capítulo segundo

La Etapa de evaluación y preparatoria de juicio en el COIP

La etapa de evaluación y preparatoria de juicio en otras legislaciones, e incluso en el anterior código de procedimiento penal ecuatoriano, se la conoce como etapa intermedia. En verdad, es intermedia porque sirve de enlace entre las etapas de instrucción y de juicio; en esta etapa se hace la crítica de lo actuado en la etapa de instrucción fiscal, es decir, determinar si se cuenta o no con elementos suficientes que permitan resolver acerca de la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado y de esta forma se permita resolver bien sobre la conclusión del proceso con el sobreseimiento, o la continuación del mismo hasta el juicio de desaprobación o reproche en la etapa de juicio.²¹⁷ Es intermedia porque según la doctrina se la califica como bifronte, puesto que, por un lado mira a la investigación para resolver sobre su correcta clausura, y por otro lado, a la etapa de juicio, determinado si esta debe o no desarrollarse.²¹⁸

En el COIP, dentro del procedimiento ordinario,²¹⁹ se establecen tres etapas: la Instrucción, la de evaluación y preparatoria de juicio y finalmente, la de Juicio.²²⁰ Respecto de la segunda, cabe indicar que el actual nombre con el que se la conoce, quizá, no es el adecuado, la designación por parte de los legisladores ecuatorianos no ha sido la correcta, y ello porque, en el fondo, es una etapa intermedia ubicada entre la etapa de instrucción y la de juicio.²²¹ En el código procesal penal modelo para Iberoamérica, el procedimiento intermedio, y que en cierta forma es similar a lo que

²¹⁷ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal, T. VII* (Guayaquil: Edit. Edino, 2006), 275.

²¹⁸ Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio* (Lima: Edit. Ara Editores, 2010), 55.

²¹⁹ Vid. sobre procedimiento ordinario *COIP*, Título VII, art. 580. De su lado el Título VII, art. 634 y siguientes *Ibíd.*, señala los procedimientos especiales: 1. Procedimiento abreviado, 2. Procedimiento directo, 3. Procedimiento expedito y 4. Procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal.

²²⁰ *COIP*, art. 589.

²²¹ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal* (Quito: Ediciones legales EDLE S.A., 2014), 567.

establece la legislación penal ecuatoriana, se realiza con base en la acusación fiscal, además, el imputado y su defensor podrán señalar los vicios formales en que ha incurrido la acusación, decidir las excepciones, formular objeciones contra el requerimiento del ministerio público instando incluso el sobreseimiento y señalar los medios de prueba que estime omitidos y requerir que los practique el tribunal; finalmente, el juez resolverá lo concerniente a vicios formales, las excepciones, y dictar el auto de apertura del juicio o de lo contrario, el sobreseimiento.²²² Por tanto, lo recomendable hubiese sido que esta etapa se denomine Intermedia.

Pero no sólo se presenta el problema en la denominación de esta etapa,²²³ sino también en lo referente a la audiencia²²⁴; en efecto, en primer lugar, en la práctica, es en esta audiencia preparatoria de juicio donde realmente se evalúa y prepara el juicio, por tanto, no sólo se prepara sino también, y que es lo más importante, se evalúa, entre otras cosas, el dictamen fiscal acusatorio.²²⁵ Incluso, cuando se habla de que la audiencia es preparatoria de juicio, no existe la seguridad de que esta se realice puesto que podría darse el caso de que el juez dicte auto de sobreseimiento, el mismo que, en caso de una apelación, podría ser ratificado por la Corte Provincial de Justicia, con lo cual estaríamos ante algo eventual, pues, en verdad, con el sobreseimiento de qué preparación de juicio hablamos; así pues, en el actual proceso penal ecuatoriano esta etapa debió seguir llamándose intermedia, y en vista de que tiene como característica medular la realización de la AEPJ ante el juez penal, la audiencia preparatoria debería llamarse también como de evaluación.²²⁶

Ahora, si vemos en el SATJE (Sistema automático de trámite judicial de Ecuador), en la prensa e incluso en la providencias de los jueces en todas las instancias,

²²² Instituto Iberoamericano de derecho procesal, *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*, 1989, Arts. 263, 268, 269 y 273, en http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoamerica.pdf.

²²³ Diccionario Jurídico Mexicano, Suprema Corte de Justicia de la Nación, (José Ovalle Favela), en <https://mexico.leyderecho.org/author/jose-ovalle-favela/>, fecha de ingreso 26 de septiembre del 2019. Conforme este diccionario las etapas: “[...] son las fases en que se agrupan los actos y hechos procesales –a través de los cuales se concreta y desenvuelve el proceso-, de acuerdo con su finalidad inmediata”.

²²⁴ Diccionario de Derecho Constitucional, T. I., A-F, Miguel Carbonell, Coordinador (México: Edit. Porrúa, 2009), 42. Según este diccionario, la audiencia “[C]onsiste en el acto, por parte de los soberanos o autoridades, de oír a las personas que exponen, reclaman o solicitan alguna cosa”, claro que en el ámbito procesal penal la audiencia serviría para que los sujetos procesales, como adversarios, expongan al juez unipersonal o tribunal sus argumentos relacionados con los hechos y los fundamentos de derecho de la causa y de esta forma resuelva sus pretensiones.

²²⁵ Vid. *COIP*, art. 604.

²²⁶ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 568.

de forma mayoritaria, se denomina audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, quizá se confunde la etapa con audiencia, es más, en un juicio mediático, por asociación ilícita (caso Odebrecht), en el que se sentenció al ex vicepresidente de Ecuador Jorge Glas, el auto de llamamiento a juicio fue parte de una AEPJ, y no de una preparatoria.²²⁷ Así pues, en la presente investigación se ha preferido denominar a esta audiencia como de evaluación y preparatoria de juicio, pues, en la práctica dentro del COIP, la etapa se la hace en la audiencia preparatoria.

Si bien es cierto que la etapa de evaluación y preparatoria de juicio se sustenta, o apoya, en la acusación fiscal,²²⁸ y, que además, tiene como importante finalidad la de “[...] resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento [...] valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal [...] anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios [...]”,²²⁹ no significa que todo esto se lo realice en la audiencia preparatoria de juicio, por el contrario, es en esta, en donde a más de prepararse el juicio: petición de anuncio y exclusión de pruebas, también se evalúa por un lado el cumplimiento del debido proceso: conocimiento y resolución de cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, etc., y por otro, el dictamen fiscal acusatorio.

No está demás señalar que en el COIP se presentan ciertas incongruencias sobre este punto, pues, al parecer el legislador se equivocó, por ejemplo, entre lo que es una etapa y una audiencia, es así que una vez que concluye la instrucción, se indica lo siguiente: “[...] la o el fiscal solicitará a la o al juzgador señale día y hora para la AEPJ, la que será convocada en un plazo no mayor a cinco días [...]”,²³⁰ seguidamente, dentro de las reglas de la etapa evaluación y preparatoria de juicio se vuelve a indicar: “[...] el señalamiento de día y hora para la audiencia, se hará dentro de los cinco días siguientes a la petición fiscal”,²³¹ y, en cambio, cuando habla de sustanciar dicha audiencia ya no se la refiere como de evaluación y preparatoria de juicio, sino solamente como audiencia preparatoria de juicio.²³² Así pues, las denominaciones

²²⁷ Jorge Zavala Egas, *Teoría y práctica penal Caso “Odebrecht” Audiencia Evaluatoria de dictamen y preparatoria de juicio, T.I.*, (Guayaquil: Edit. Murillo Editores, 2017), 150.

²²⁸ COIP, art. 602.

²²⁹ Ibid., art. 601

²³⁰ Ibid, art. 600.

²³¹ Ibid, art. 602.2.

²³² Ibid, título del art. 604.

correctas debieron ser de la siguiente manera: intermedia para el caso de la etapa, y para la audiencia: evaluación y preparatoria de juicio.

Por consiguiente, en esta parte vamos a estudiar en qué consiste la AEPJ que se la dividirá en tres controles: Primer control: la evaluación del cumplimiento del debido proceso; Segundo control: la evaluación del dictamen fiscal acusatorio y Tercer control: la preparación del juicio, a lo que hay que agregar lo relacionado con sus respuestas: 1.-) nulidades, 2.-) sobreseimiento o llamamiento a juicio, 3.-) aceptar o negar pruebas, para posteriormente, evaluar el desempeño de la defensa penal de los procesados en dichas audiencias que tendrán como escenario la Unidad Judicial Penal de Ñaquito y que se lo hará en base a las actas completas del trimestre enero-marzo del 2018 y a las entrevistas a los diferentes actores del proceso penal. Cabe señalar que dicha división en tres controles o momentos, que no consta de manera explícita en el COIP, la he realizado, gracias a la experiencia y práctica como juez penal, como una forma de ayudar a que las mismas se desenvuelvan de manera adecuada.

1.- Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio

Audiencia viene del verbo *audire* y no es más que el acto de oír que realiza un juez o tribunal a las partes y de esta forma decidir sobre un pleito o una causa.²³³ Una audiencia se rige por el principio de oralidad, todo lo que sucede en el proceso debe ser llevado a cabo oralmente para que exista; de ahí que se contrapone con el principio escriturista según el cual lo que no ha sido dicho no es tomado en cuenta.²³⁴ En los países en donde rige el sistema acusatorio las audiencias intermedias tienen como base la oralidad, y a su vez la defensa penal, tiene al principio de contradicción.

Si bien en esta audiencia se resuelve asuntos relacionados con la prejudicialidad, la competencia o el procedimiento, y otros más, todo ello con miras a garantizar el debido proceso, su importancia principal radica en la necesidad de discutir la admisibilidad y la necesidad de una persecución penal posterior por un

²³³ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo I*, 410.

²³⁴ Claus Roxin, *Derecho procesal penal* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000), 115.

tribunal para así evitar el juicio oral que siempre es discriminatorio para el procesado.²³⁵

Ahora, si recordamos el modelo de derecho penal planteado por Ferrajoli, que lo vimos *supra* (Cap. primero 3), los principios que se acoplan a este tipo de audiencia son: jurisdiccionalidad; acusatorio o de la separación entre juez y acusación, de la carga de la prueba o de verificación y contradictorio o de defensa o refutación; los cuales, a su vez, conllevan garantías procesales; en efecto, juicio, acusación, prueba y defensa, son condiciones procesales del poder punitivo del Estado y que sirven de vehículo para la aplicación de las garantías penales manifestadas en los principios de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito; legalidad; necesidad o economía del derecho penal; lesividad u ofensividad del acto; materialidad o exteriorización de la acción; culpabilidad o responsabilidad personal (condicionantes penales del poder punitivo: delito, ley, necesidad, ofensa o lesividad, acción y culpabilidad)²³⁶, y que tienen relación con la evaluación del dictamen fiscal acusatorio, lo cual equivale a que, posteriormente, el juez penal deba resolver sobre las presunciones relativas a la existencia de la infracción y de la responsabilidad penal del acusado, es decir, deba sobreseer o llamar a juicio.

En la legislación penal ecuatoriana se establece que las audiencias, y en las que se incluye las de evaluación y preparatoria de juicio (AEPJ), se desarrollan tomando como fundamento el principio de oralidad;²³⁷ además, deben regirse, entre otras, por reglas tales como que sean públicas, con excepción de los delitos contra la integridad sexual, violencia contra la mujer y contra la estructura del Estado constitucional;²³⁸ que se basen en el principio de contradicción; que la resolución sea motivada en la misma audiencia y que se notifique a las partes con el solo pronunciamiento oral de la decisión; también, que se cuente con la presencia del juzgador, defensores públicos o privados y fiscal; asimismo, no se requiere la presencia del procesado, a excepción de la audiencia de juzgamiento; además, en caso de que la persona procesada se encuentre en calidad de prófuga, después de resuelta la precitada audiencia, el juzgador

²³⁵ *Ibid.*, 347.

²³⁶ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 92, 93

²³⁷ *COIP*, art. 560.

²³⁸ *Ibid.*, art. 562.

suspenderá la iniciación de la etapa de juicio hasta que la persona procesada sea detenida o se presente físicamente de manera voluntaria.²³⁹

Sobre la comparecencia del procesado en las AEPJ vale aclarar que no está obligado a comparecer en persona, no es necesaria su presencia física, por tanto, su ausencia no será un impedimento para la realización de la misma, basta con que comparezca el defensor público o el privado a fin de que se le garantice el derecho constitucional a la defensa penal técnica. Claro que no hay mejor persona para asumir su defensa de lo que se le está imputando que el mismo procesado, pues, es su derecho a asistir a la precitada audiencia y de esta forma pueda conocer su situación jurídica, la acusación fiscal en su contra, y lo que es más, asumir su propia defensa (en caso de estar privado de su libertad debe ser trasladado del centro de privación para asistir a la misma e incluso a través de medios telemáticos: videoconferencia); pero, debido a que la defensa técnica tiene una presencia muy activa, no es viable en la práctica que el procesado asuma su autodefensa (que lo estudiamos supra 4.1), conocida como defensa material (incluso cuando éste decide declarar sobre los hechos bien sea en la instrucción fiscal e incluso en la Audiencia de Juicio debe hacerlo con la asesoría de un abogado), y ello se debe a que el juez, garantista del debido proceso, y con el objeto de asegurar una defensa eficiente, suele designar un defensor público, de oficio, para que asuma la defensa técnica, cuando no tuviera la posibilidad de contar con la presencia de uno privado.

En esta parte, no está demás mencionar que la intervención que ejerce el abogado defensor público o privado en el proceso cesa cuando el procesado le releva de la defensa a éste y designa a otro defensor que puede ser público o privado; pero también puede darse el caso del abandono sin justa razón de la defensa, lo que generaría un perjuicio al procesado y consecuencias como que se declare la audiencia fallida a costa del defensor público o privado que la provocó, así como las respectivas sanciones.²⁴⁰

²³⁹ *Ibid*, art. 563. 5, 10, 11 y 14.

²⁴⁰ *COFJ*, art. 335, 336 y 337, *COIP*, art. 452.

Asimismo, cabe indicar que tampoco es obligatoria la asistencia del acusador particular, lo puede hacer su abogado defensor; no obstante, en calidad de acusadores particulares si es obligatoria la presencia de los representantes legales o procuradores judiciales de las instituciones del sector público,²⁴¹ y en cuanto a la víctima, cuando no hubiese presentado acusación particular, y en consideración a que en la ley penal ecuatoriana tiene una serie de derechos, si desea puede asistir a la audiencia y hasta puede intervenir en la misma.²⁴²

Si bien la intención del legislador ha sido la de agrupar en esta audiencia la mayor cantidad de actos procesales con base al principio de concentración y de esta forma dar celeridad a las causas,²⁴³ eso no significa que exista cierto desorden como en el caso de la emisión del dictamen y posible abstención que consta antes de establecerse la finalidad y reglas para la instalación de la audiencia.²⁴⁴ Pero bueno, lo deseable es que se empiece con la instalación de la audiencia, segundo la evaluación del proceso que lo realiza el juez, y en el que se aplica la defensa de forma a favor del procesado, después la emisión del dictamen fiscal acusatorio, enseguida, la evaluación del mismo en el que se aplica a favor del ahora acusado una defensa de fondo, luego, entrar a preparar el juicio,²⁴⁵ para finalmente llegar a la resolución bien sea sobreseyendo o llamando a juicio al acusado.

Así pues, en esta parte estudiaremos tres controles: la evaluación tanto del cumplimiento del debido proceso como del dictamen fiscal acusatorio y la preparación del juicio, pero también, la resolución que ha dado el juez: nulidades, sobreseimiento o llamamiento a juicio, aceptación o negación de pruebas.

1.1. La evaluación del cumplimiento del debido proceso

En esta parte el juez penal busca garantizar que el proceso, que ha llegado hasta este momento, se enmarque dentro de lo correcto, que durante la etapa de instrucción fiscal se haya aplicado el debido proceso, que se haya desarrollado de acuerdo con las normas constitucionales, los instrumentos internacionales de derechos humanos y los principios procesales penales. El debido proceso, estrechamente relacionado con la

²⁴¹ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 586.

²⁴² *COIP*, art. 11.

²⁴³ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 569

²⁴⁴ *COIP*, arts. 600, 601 y 602.

²⁴⁵ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 569.

seguridad jurídica²⁴⁶ y la tutela efectiva,²⁴⁷ es una garantía fundamental que engloba los demás derechos que tiene el procesado tales como el de defensa, con lo cual se busca amparar su dignidad, protegerlo de los abusos de autoridad y sobre todo del poder punitivo del Estado.

Así pues, el juez, en caso de que detectase situaciones que puedan afectar la validez del proceso, si es factible, lo rectificará, aunque para ello tuviera que declarar nulidades; todo ello con miras a tenerlo saneado hasta antes de que se presentase el dictamen acusatorio y se quiera avanzar a la etapa de juicio, e incluso, para el caso de que se dictase un sobreseimiento. Al Estado no le conviene que se desarrolle la actividad del órgano jurisdiccional de manera inútil, es decir, a sabiendas de que un proceso debe concluir, por ejemplo, en un auto de nulidad; por tanto, para evitar esto, y por interés público y hasta por economía procesal, cuando se presenten situaciones que impidan el desarrollo normal del proceso, se requiere que las partes, o el juez, busquen rectificarlo y así llevarlo de forma debida, sobre todo por interés de la propia causa.²⁴⁸

Al evaluar el proceso, en lo principal, la sustanciación tiene que ver con el conocimiento y resolución acerca de cuestiones referentes a la existencia de requisitos de procedibilidad, cuestiones prejudiciales, competencia y cuestiones de procedimiento que puedan afectar la validez del proceso y que pueden generar su nulidad, pero siempre que pueda influir en la decisión del proceso o provoque indefensión.²⁴⁹ No está demás señalar que cuando se presentan vicios formales, tales como que la foliatura del expediente no es la correcta, o que algún nombre está mal registrado, etc. no reviste mayor problema y se lo subsana, incluso de oficio; el error lo convalida el juez en ese momento.²⁵⁰

Ahora, este tipo de alegaciones cuando son realizadas en esta fase por la defensa del procesado, sujeto pasivo del proceso penal, prácticamente, se refieren a las

²⁴⁶ CRE, art. 82. El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta “en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

²⁴⁷ Ibid., art. 75. Todo ciudadano “[...] tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión [...]”.

²⁴⁸ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*, T. VII, 286.

²⁴⁹ COIP, art. 604.2.

²⁵⁰ Ibid., art. 604.1 y COFJ, art. 130.8.

cuestiones previas, y que están relacionadas con la defensa de forma, pues tienen como objetivo no atacar la pretensión punitiva, sino la forma procesal: incompetencia del juez, prescripción, prejudicialidad.²⁵¹

En lo que respecta al cumplimiento de este requerimiento, que sirve para la buena marcha del proceso, no necesariamente debe ser alegado sólo por la defensa penal del procesado, también lo pueden hacer el fiscal o el acusador particular, cuando a última hora se ha detectado, por ejemplo, que el juez es incompetente en razón del territorio. Sobre este punto, cabe aclarar que si bien el juez actúa bajo el principio dispositivo, eso no significa que en las AEPJ no pueda actuar de oficio, por ejemplo, para declarar una nulidad por alguna cuestión de procedimiento, es decir, a pesar de no existir el pedido de la defensa penal, y esto por cuanto es el garante de que el proceso penal se realice de forma debida, así pues, en este momento procesal se estaría precautelando esta garantía que vendría a ser más importante que el principio dispositivo.

Claro que todo esto podría llegar a ser muy complejo para los jueces, pues, a veces, se presentan casos que tienen que ver con una prescripción de la acción penal, o con una detención ilegal; también, con la falta de notificación debida al investigado a la audiencia de formulación de cargos, y otras situaciones que influyen en la decisión de la causa y que generan indefensión, en suma, cuestiones de procedimiento que generan nulidad procesal por estar contra las garantías constitucionales del debido proceso, y que es susceptible de apelación.²⁵² Ahora, si el juez, respecto de estos casos que se presentan dentro de la AEPJ, considera que no se ha vulnerado el procedimiento y declara la validez procesal, eso no quiere decir que la misma queda en firme, pues, en lo posterior, el tribunal penal y las salas de la Corte provincial pueden declarar la nulidad.²⁵³

1.1.1. Requisito de procedibilidad

Ferrajoli sostiene que la procedibilidad penal es aquel acto o condición necesaria como suficiente que debe cumplir la parte ofendida o la autoridad pública, a los que el ordenamiento reserva el poder de decidir sobre la oportunidad de una tutela penal del bien ofendido por el delito, para que de esta forma los órganos de la acusación

²⁵¹ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*, T. VII, 288, 289.

²⁵² COIP, art. 653.2.

²⁵³ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 570-572.

pública estén obligados a actuar.²⁵⁴ Cuando se habla de este requisito nos referimos a una cuestión previa; pues, el legislador exige que para dar inicio a un proceso penal se deben cumplir algunos requisitos, por tanto, nos referimos a lo que se conoce como procedibilidad, que vendría a ser una exigencia legal formal obligatoria dentro de un procedimiento, que de no cumplirse generaría la nulidad; este tipo de situaciones se presentan cuando el fiscal decide proseguir con la instrucción fiscal, pero omitiendo un requisito de procedibilidad previsto en la ley penal, ante lo cual, si el juez lo detecta en la etapa intermedia, concretamente en la AEPJ, debe proceder a resolverlo, debe declarar la nulidad de lo actuado y reiniciarlo una vez que el requisito omitido sea subsanado; por tanto, no cabe hablar de suspender para luego continuar con la instrucción.²⁵⁵

Sobre este requisito tenemos que, por ejemplo, para que se pueda ejercer la acción penal, es decir, iniciar una investigación penal, respecto de los delitos de acción pública: estafa, falsificación de documentos, y más, se requiere, como presupuesto de procedibilidad, como requisito previo, que exista una denuncia. (No está demás indicar que para el caso de los delitos de acción privada se requiere de una querrela).²⁵⁶ También, como requisito de procedibilidad están los casos de las autorizaciones previas que debe dar la Asamblea Nacional para el inicio de una causa penal en contra de un asambleísta y demás personas que gozan de fuero de Corte Nacional de Justicia.²⁵⁷ También se debe señalar que debido a que en la ley penal ecuatoriana la titularidad para ejercer la acción penal pública la tiene la fiscalía, está facultada también para abstenerse de ejercer la misma cuando se presenten no sólo causas de procedibilidad, sino también de prejudicialidad o cuestiones previas.²⁵⁸

Cuando se presenta un caso que requiere la alegación de este requisito de procedibilidad dentro de la AEPJ, la labor fundamental de la defensa penal del procesado, que es la parte más débil, es la de previamente revisar el expediente, y en caso de tratarse de un delito, por ejemplo, de estafa, verificar que se haya cumplido con el mismo, es decir, que exista una denuncia, o en los casos de fuero de Corte Nacional de Justicia, que exista la autorización de inicio de proceso penal por parte de

²⁵⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 571.

²⁵⁵ Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 176, 177.

²⁵⁶ Vid. COIP, art. 410..

²⁵⁷ Vid. CRE, art. 128, COFJ, art. 192.

²⁵⁸ *Ibíd.*, art. 411.

la Asamblea Nacional; luego, en la audiencia, cuando se trate del control relativo a la evaluación del proceso, objetarlo con argumentos jurídicos, doctrinarios, es decir aplicando una verdadera defensa técnica, porque de no ser así, podría darse el caso que el fiscal no se percató de la exigencia del cumplimiento de dicho requisito y prosiguió con su investigación hasta llegar a esta audiencia, e incluso podría suceder que el juez penal tampoco se dio cuenta en dicha audiencia y valida el proceso y permite que se presente el dictamen fiscal acusatorio.

1.1.2.- Cuestión prejudicial

“Las cuestiones prejudiciales son cuestiones de naturaleza distinta a la materia penal que es objeto del proceso, y cuya resolución previa resulta necesaria para determinar la responsabilidad penal en un proceso de enjuiciamiento criminal de un ilícito penal”;²⁵⁹ así pues, con el término prejudicial nos referimos a aquello que requiere de una decisión previa al asunto o sentencia principal.²⁶⁰

Dentro del procedimiento penal, cuando se presenten casos en los que el pronunciamiento de un juez no penal pueda influir en el ejercicio de la acción penal, la ley penal exige que, previo al inicio de dicha acción penal, se resuelva la cuestión prejudicial, pues, de no ser así, habría contradicción en el pronunciamiento de un juez no penal con el del juez penal; entonces, se habla de cuestión prejudicial cuando se requiere esperar el pronunciamiento previo, oficial y definitivo de un juez en materia civil, es decir, el cumplimiento de un presupuesto, para que de esta forma se pueda iniciar la acción penal, y en caso de haberse iniciado el proceso penal se debería suspender el trámite hasta que se resuelva lo prejudicial.²⁶¹

De su lado, en la legislación penal ecuatoriana se indica que: “En los casos expresamente señalados por la Ley, si el ejercicio de la acción penal depende de cuestiones prejudiciales, cuya decisión compete exclusivamente al fuero civil, no podrá iniciarse el proceso penal antes de que exista auto o sentencia firme en la cuestión prejudicial”,²⁶² ahora bien cabe señalar que los casos de prejudicialidad se refieren a la insolvencia o quiebra como consecuencia de juicio de concurso de

²⁵⁹ José María Rifá Soler, Manuel Richard González e Iñaki Riaño Brun, *Derecho Procesal Penal* (Pamplona: Edit. Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra, 2006), 63.

²⁶⁰ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, 360.

²⁶¹ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 402, 403

²⁶² *COIP*, art. 414.

acreedores²⁶³ y la falsificación de instrumento público cuando se ha presentado demanda en lo civil. Sobre este último, incluso, según la legislación civil ecuatoriana actual, se indica que la falta de declaración de falsedad de un instrumento público no es un impedimento para que se ejerza la acción penal, claro que si ya se ha iniciado un juicio civil no cabe promover un proceso penal hasta la obtención de dicha declaración.²⁶⁴

También hay situaciones en las que se presenta la prejudicialidad penal, es decir, que previo a iniciarse una acción penal pública por una acusación o denuncia maliciosa, debe haber la declaración de un juez penal de la malicia en que ha incurrido la persona que ha denunciado o acusado y cuyos hechos no los ha probado.²⁶⁵

Sobre estas situaciones, que se presentan en las AEPJ, la defensa penal del procesado debe estar atento a que no se produzcan; pues, a veces, la frontera entre el ámbito penal y civil es tan delgada que podría generarse confusiones respecto de si un hecho se encasilla en lo penal o en lo civil, o en ambos, sobre todo, en casos relacionados con los instrumentos públicos, sin dejar de lado también las estafas y abusos de confianza.

1.1.3.- Cuestión de competencia

Maier considera que la competencia penal es la medida en la cual el poder que tiene el Estado de aplicar penas es concedido por la ley a un tribunal determinado;²⁶⁶ a lo que Zavala agrega que la competencia de los jueces es un presupuesto necesario para el normal desarrollo del proceso penal, por regla general, salvo los casos previstos en la ley, la competencia penal es improrrogable, también es de orden público y absoluta.²⁶⁷ De su lado, Carnelutti aclara que la competencia “[...] no es un poder, sino un límite del poder y, por tanto, una *ratio legitimationis*: un juez tiene el poder (está legitimado para el poder) no sólo en cuanto es juez, o sea está constituido en aquella porción de órgano del Estado, que se designa con tal nombre, sino además en cuanto la materia del juicio entra en su competencia”.²⁶⁸

²⁶³ Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos, COGEP*, R.O. No. 506, 22-V-2015, art. 423.9.

²⁶⁴ *Ibid.*, art. 214.

²⁶⁵ *COIP*, art. 271.

²⁶⁶ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal T. II. Parte general, sujetos procesales* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004), 508.

²⁶⁷ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal, T. VII*, 295.

²⁶⁸ Francesco Carnelutti, *Derecho procesal penal, Vol. 2* (México, D.F., Oxford University Press México S.A. de C.V., 2002), 44.

La cuestión de competencia suele darse cuando se presenta una controversia entre dos jueces o tribunales y que se la plantea para determinar a cuál de ellos corresponde el conocimiento de la causa; normalmente la suele alegar una de las partes, pero eso no obsta para que el juez que se crea incompetente se inhiba de su conocimiento y prevenga a los sujetos procesales para que utilicen su derecho ante quien corresponda.²⁶⁹ Cuando se ha iniciado un proceso penal, el cual, por cuestiones de competencia, no debió de haberse iniciado, cualesquiera de las partes procesales puede alegar al juez la incompetencia para que éste se inhiba de su conocimiento y remita lo actuado al juez competente; claro que cuando esta alegación de incompetencia proviene del sujeto pasivo estaríamos prácticamente hablando de una excepción procesal dilatoria.²⁷⁰

En la ley que regula la función judicial de Ecuador, cuando se refiere a los Principios de legalidad, jurisdicción y competencia se señala que: “La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones”;²⁷¹ ahora, si un juez penal advirtió que no tiene competencia para conocer el proceso penal bien sea en razón del fuero personal, territorio o los grados, deberá inhibirse de su conocimiento, sin declarar nulo el proceso, y dispondrá que se remita el mismo al tribunal o juez competente, aunque en el caso de serlo en razón de la materia se lo declarará nulo.²⁷²

Así pues, en el caso de que se presente alguna duda relacionada con la competencia de un juez dentro de un proceso penal, concretamente, si ha llegado hasta la AEPJ, por ejemplo, una alegación de la defensa penal del procesado, como parte de su defensa de forma, respecto de la incompetencia del juez en razón de la materia, éste tiene que resolver oportunamente dicha alegación, porque de no ser así, y permite que el fiscal presente su dictamen acusatorio, y es más, en caso de dictarse auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento, nos encontramos frente a una flagrante vulneración del debido proceso, lo cual ocasionaría en lo posterior la declaración de nulidades.

²⁶⁹ Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo VI, 438.

²⁷⁰ Jorge Zavala Baquerizo, *Tratado de derecho procesal penal*, T. VII, 295.

²⁷¹ COFJ, art. 7

²⁷² *Ibid.*, art. 129.9.

1.1.4.- Cuestión de procedimiento

Para analizar este punto vale diferenciar, dentro del marco de la actuación jurisdiccional, entre el proceso y el procedimiento, el primero equivale a litigio, a pleito, a un determinado conflicto o controversia entre dos o más sujetos procesales, el cual, después de ejercitada la acción, es resuelto por el poder judicial aplicando el derecho; el procedimiento, por su parte, se refiere a la sucesión ordenada de actos procesales a través de los cuales se sustancia el proceso, es la manifestación externa y formal del proceso.²⁷³ Ahora, en el ámbito penal el procedimiento es el “[...] conjunto de normas que regulan los diferentes actos del órgano jurisdiccional de las partes, cuya última finalidad es determinar la pena. Estas normas son distintas para cada clase de proceso”.²⁷⁴

Dentro de la legislación penal ecuatoriana el proceso penal se desarrolla, entre otros, a través de un procedimiento ordinario el cual consta de tres fases o etapas: la de instrucción, la de evaluación y preparatoria de juicio y el juicio, y de estas, la segunda, que se la realiza mediante una audiencia, es la destinada para evaluar si se ha cumplido o no con el debido proceso, también para valorar el dictamen fiscal acusatorio y para preparar el juicio. Ahora, si hablamos de cuestiones de procedimiento, que se presentarían una vez que ya se ha iniciado la investigación (a diferencia de los requisitos de procedibilidad que sirven para iniciar la misma), debemos relacionarlo con el debido proceso, así tenemos, si en la etapa intermedia se presenta algún problema relacionado con la violación del trámite y que vicia el procedimiento,²⁷⁵ e influye en la decisión del proceso; es decir, cuando una causa se lo ha tramitado con el procedimiento ordinario en vez de hacerlo con el directo,²⁷⁶ o cuando se ha vulnerado el derecho a la defensa por haberse obtenido un elemento de convicción sin que se haya notificado a la persona procesada, se debe declarar la nulidad del proceso,²⁷⁷ o parte del mismo.

²⁷³ Antonio Álvarez del Cuvillo, *Apuntes de Derecho Procesal Laboral*, en <http://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/6871/Procesal4.pdf?sequence>.

²⁷⁴ Jesús Martínez Garnelo, *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio y su Fase Procedimental Oral Mitos, Falacias y Realidades* (México: Edit. Porrúa, 2013), 136.

²⁷⁵ Vid., art. 652.10 *COIP*, también CCE, “Sentencia No. 025-17-Sep-CC”, en *Caso No. 1361-13-EP*, 25 enero 2017, 22, <http://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/ficha.php?metodo=generarFichaHtml&caso=025-17-SEP-CC>.

²⁷⁶ *COIP*, art. 640.

²⁷⁷ *Ibid.*, art. 604.2.

Entre las alegaciones y objeciones más frecuentes que suelen presentarse en las AEPJ están las relacionadas con cuestiones de procedimiento y que suele hacerla la defensa penal de los procesados; por ej., la falta de notificación al investigado dentro de la fase preprocesal, o cuando se le ha formulado cargos. El fiscal, quien ha tenido la ventaja de llevar la investigación, así como el acusador particular, suelen pedir que se declare la validez del proceso; por tanto, es la defensa penal, con una defensa de forma, la que tiene que encontrar, objetar, impugnar los errores cometidos por la fiscalía en la investigación preprocesal y la instrucción, verificar que en caso de haberse dado una vinculación, que la misma haya sido pedida dentro de la instrucción; o cuando el fiscal, dentro de una instrucción, pese a existir una petición para que se realice un peritaje no lo ha despachado, no ha atendido dicho requerimiento mediante una providencia, la defensa penal debe pedir que se declare la nulidad de esa parte del proceso para que se cumpla dicho peritaje.

1.2.- Evaluación de dictamen fiscal acusatorio

Se llama de evaluación este control por cuanto el juez procede a valorar el dictamen fiscal acusatorio, los elementos de convicción de cargo en que sustenta la acusación, y, en caso de haberlo, también los de descargo, relativas a la existencia de la infracción y la responsabilidad del procesado conforme al nexo causal;²⁷⁸ también, las alegaciones de la acusación particular, en caso de haber acusador particular, y las objeciones de la defensa penal del ahora acusado, con miras a emitir un resolución: sobreseimiento a favor del acusado, o llamamiento a juicio en contra de éste.

Cabe indicar que “[...] por imperativo legal, la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio tiene sustento en el dictamen acusatorio del fiscal, no en el abstentivo”;²⁷⁹ por tanto, no cabe hablar de que en esta audiencia, como se disponía en el anterior código de procedimiento penal, se presente de forma oral un dictamen abstentivo; claro que en caso de ser mixto: acusatorio y abstentivo, aquel se lo expondrá en esta audiencia y este último se lo presentará por escrito al juez de garantías penales de manera oportuna, quien, de ser el caso lo elevará en consulta al fiscal provincial.²⁸⁰

²⁷⁸ COIP, art. 455.

²⁷⁹ Carlos Ramírez Romero, ed., *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias penales*. Corte Nacional de Justicia (Quito: Edit. CNJ, 2017), 119, 120.

²⁸⁰ COIP, art. 600. Cuando el delito es sancionado con pena privativa de libertad de más de quince años o a pedido del acusador particular, el fiscal elevará la abstención en consulta al fiscal

En cambio, cuando se emite de forma oral el dictamen fiscal acusatorio, el mismo que debe ser motivado y contener una serie de requisitos;²⁸¹ es decir, luego de que el fiscal ha realizado un análisis jurídico de las versiones, pericias, documentos e información que se requirió, por su propia iniciativa o de los sujetos procesales, y ha arribado a una conclusión respecto de la existencia de un determinado delito y la presunta participación de los responsables bien como autores o cómplices,²⁸² y luego de que ha actuado el acusador particular, en caso de haberlo, y cuya misión normalmente consiste en adherirse al dictamen del fiscal, interviene la defensa penal del procesado, con lo cual se da un debate entre las partes.

Las alegaciones que las realiza bien sea el abogado privado o el defensor público del ahora acusado deben encasillarse en una defensa de fondo, en lo estratégico, como hemos visto *supra* (Cap. Primero). El defensor debe verificar si, efectivamente, la acusación recoge con objetividad debida el resultado de la investigación. Si la acusación se ha producido, a pesar de que la investigación arrojó causales claras para no hacerlo, lo deberá poner de manifiesto, todo ello con miras a obtener del juez el sobreseimiento del acusado, o bien con el objeto de que esas alegaciones se tengan como tesis de defensa de fondo para el juicio oral.²⁸³ Así tenemos, por ejemplo, que la defensa del procesado debe alegar, o más bien realizar un juicio o análisis de tipicidad, en caso de que el juez no lo haya detectado, que la conducta del procesado no se ha adecuado al tipo penal que se le ha imputado, lo cual podría desembocar en un sobreseimiento; o convencer con argumentos al juez respecto de que su defendido, acusado de un homicidio, actuó en legítima defensa, es decir que cumplió con los presupuestos relativos a las causas de exclusión de la antijuricidad.

Al rebatir todos y cada uno de los argumentos de la fiscalía y de la acusación particular, en caso de haberla, debe proceder con un análisis jurídico centrado en lo

superior, en caso de que el fiscal superior ratifique la abstención, remitirá el expediente al juzgador para que dicte el sobreseimiento, y en caso de que revoque la abstención, designará a otro fiscal para que sustente la acusación en AEPJ, y si el fiscal emite dictamen acusatorio para unos y abstentivo para otros, sobre los primeros elevará a consulta al fiscal superior y sobre los segundos solicitará al juzgador convoque a la audiencia mencionada.

²⁸¹ COIP, art. 603. “La acusación fiscal deberá contener en forma clara y precisa: / 1. La individualización concreta de la persona o personas acusadas y su grado de participación en la infracción./ 2. La relación clara y sucinta de los hechos atribuidos de la infracción en un lenguaje comprensible./ 3. Los elementos en los que se funda la acusación [...]/ 4. La expresión de los preceptos legales aplicables al hecho que acusa./ 5. Anuncio de los medios de prueba con los que la o el fiscal sustentará su acusación en el juicio [...]”.

²⁸² Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 572.

²⁸³ Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 226.

sustancial del proceso y respaldado con citas legales, doctrina y jurisprudencia: los elementos de convicción de cargo frente a los de descargo y así determinar si existe o no un delito y si el procesado es responsable del mismo; pero también debe confrontar la verdad procesal, que consta en el expediente, con la verdad histórica,²⁸⁴ lo que ocurrió realmente, es decir, se trata de valorar si la acusación del fiscal recoge con objetividad el resultado de la investigación preprocesal e instrucción fiscal; pero también, el análisis debe enfocarse en la teoría del delito, en las categorías dogmáticas: conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad; las causas de exclusión de la primera²⁸⁵ y tercera²⁸⁶ de las categorías, o la inimputabilidad; también, sobre el grado de participación del ahora acusado. Solamente de esta forma el juez penal estaría en capacidad de evaluar la exposición de los fundamentos de dicho dictamen y, como consecuencia, resolver adecuadamente²⁸⁷ y dictar un sobreseimiento a favor del acusado, o un auto de llamamiento a juicio, que lo analizaremos *infra*.

No está demás indicar que conforme nuestra legislación penal actual, cuando se refiere a la acusación fiscal, se señala que esta: “[...] sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formulación de cargos [...]”²⁸⁸, de ahí que en la AEPJ se debe velar también por el principio de congruencia entre la imputación en la formulación de cargos y la acusación fiscal. Normalmente el principio de congruencia se afecta cuando hay incompatibilidad y falta de adecuación entre el hecho imputado en el proceso y la sentencia, lo cual genera una violación del derecho de defensa del procesado; pero, en la práctica, esto se advierte también en la AEPJ, esto es, cuando hay una formulación de cargos y acusación fiscal incompatibles.²⁸⁹

Si nos atenemos a que la función primordial de un defensor penal en la AEPJ consiste en evitar que su defendido, en este caso acusado, sea llamado a juicio, y por

²⁸⁴ *Ibid*, 579.

²⁸⁵ *COIP*, art. 24. “Causas de exclusión de la conducta.- No son penalmente relevantes los resultados dañosos o peligrosos resultantes de fuerza física irresistible, movimientos reflejos o estados de plena inconciencia, debidamente comprobados”.

²⁸⁶ *Ibid*, art. 30. “Causas de exclusión de la antijuricidad.- No existe infracción penal cuando la conducta típica se encuentra justificada por estado de necesidad o legítima defensa./ Tampoco existe infracción penal cuando se actúa en cumplimiento de una orden legítima y expresa de autoridad competente o de un deber legal”.

²⁸⁷ *Ibid*, arts. 601 y 604.5.

²⁸⁸ *Ibid*, art. 603 Inc. final.

²⁸⁹ Vid. Sentencia No. 901-2013, juicio No. 582-2013, Corte Nacional de Justicia, en donde se trata sobre la afectación al principio de congruencia y derecho de defensa, *Cuadernos de jurisprudencia penal 2, CNJ* (Quito: Edit. CNJ, 2014), 21-24.

el contrario buscar que sea sobreseído; es decir que no pase este filtro, sin duda que requiere tener conocimientos en teoría del delito, buen manejo de las categorías dogmáticas del delito, doctrina relativa a las teorías garantistas penales para que pueda argumentar principios relacionados con la retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito (delito); legalidad (ley); necesidad o economía del derecho penal (necesidad); lesividad u ofensividad del acto (ofensa); materialidad o exteriorización de la acción (acción); culpabilidad o responsabilidad personal (culpabilidad)²⁹⁰ y así el juez penal, de forma clara, pueda resolver a su favor en torno a las presunciones relativas a la existencia de la infracción y de la responsabilidad penal del acusado, y siempre teniendo presente los principios procesales penales, tales como el de inocencia y favorabilidad (duda a favor del reo).

1.3.- La preparación del juicio

Como parte de la preparación del juicio, conforme así lo establece la ley penal ecuatoriana, las partes deben, entre lo más importante pedir: a) anunciar la totalidad de las pruebas que las presentarán en la audiencia de juicio; b) solicitar la exclusión, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba orientadas a probar hechos notorios o que no requieran prueba y c) solicitar acuerdos probatorios.²⁹¹ Respecto de la defensa penal del procesado es en este control cuando tiene la oportunidad, temprana y eficaz, para controlar y controvertir las pruebas de cargo, así como prestar suma atención al problema de la exclusión de las pruebas ilegales, inútiles e impertinentes que la parte acusadora pretende presentarlo en el juicio.²⁹² En verdad, es muy importante este momento, pues, si la defensa penal logra que el juez excluya una prueba de cargo de peso para la audiencia de juzgamiento, por ejemplo, relacionada con la existencia de la infracción, podría obtener de dicha autoridad al final una resolución favorable, es decir, el sobreseimiento, claro que eso es muy difícil que se lo haga en la práctica, pues, la defensa penal no siempre va preparada a la AEPJ, no tiene los conocimientos jurídicos adecuados, suele desperdiciar esta oportunidad, no hace eco de la teoría del garantismo penal lo que ocasiona que el procesado se vea más afectado.

²⁹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 92, 93

²⁹¹ COIP, art. 604.4.

²⁹² Eric Lorenzo Pérez, *Los fundamentos de la defensa penal*, 227.

1.3.1.- Anuncio de pruebas

En este punto nos referimos al anuncio oral que realizan las partes respecto de los medios de prueba (documento, testimonio y pericia),²⁹³ y que está respaldado por los principios de libertad probatoria²⁹⁴ y de igualdad²⁹⁵ que serán practicados en la audiencia de juzgamiento; por tanto, si no lo hacen en este control o momento procesal no lo podrán realizar posteriormente; esta oferta de medios de prueba tienen que ver con aquellos elementos de convicción y evidencias que se han obtenido en la fase de investigación previa como en la instrucción fiscal,²⁹⁶ y que deben estar acorde con las garantías constitucionales, así como respaldadas por la ley penal ecuatoriana.

También se incluye el anticipo probatorio, que sirve para prevenir un resultado perjudicial para las aspiraciones de la acusación, o del investigado o procesado, cuando considere que no va a poder practicar una prueba de forma oportuna en el juicio oral, me refiero al testimonio anticipado que se lo realiza bien sea en la fase de investigación previa o en la instrucción fiscal, y que normalmente se lo recepta en la cámara de Gesell y para lo cual nuestra ley penal tiene reglas claras para su realización.²⁹⁷ Sobre estos testimonios cabe indicar que se lo deben realizar también en consideración a las normas constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos para que tengan plena validez.

Así pues, una vez que dicho anuncio de medios probatorios realizado por las partes, han cumplido con lo mencionado en líneas anteriores, y luego de ser sometidos a contradicción, el juez penal está en condiciones de admitirlos, caso contrario, excluirlos. También es necesario que el juez, para aceptarlos, deba tener en consideración la indicación respecto de cuál sería el aporte que se pretende dar con el ofrecimiento de tal o cual medio probatorio, para de esta forma proceder a analizar en primer lugar la pertinencia²⁹⁸, esto es, que de alguna manera haga referencia al hecho que constituye el objeto del proceso; luego, la conducencia, es decir, sobre la eficacia para demostrar el mencionado hecho, que sea lícito y no prohibido por la ley y, finalmente, la utilidad, lo cual significa que procesalmente debe prestar algún servicio.

²⁹³ COIP, art. 498.

²⁹⁴ *Ibid.*, art. 454.4.

²⁹⁵ *Ibid.*, art. 454.7.

²⁹⁶ Simón Valdivieso, *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal COIP* (Cuenca: Edit. Ediciones jurídicas Carpol, 2017), 159.

²⁹⁷ COIP, arts. 502.2, 510.1, 582.4, 643.5

²⁹⁸ *Ibid.*, art. 454.5.

ser importante, conveniente y así obtener la convicción del juez respecto de los hechos principales o accesorios, todo ello, obviamente, para la etapa de juicio.²⁹⁹

La legislación penal ecuatoriana indica que en la sustanciación de la preparación del juicio las partes deberán anunciar la totalidad de las pruebas: testigos, peritos, documentos, que serán presentadas en la audiencia de juicio, asimismo, pueden objetar dicha oferta probatoria; y es más, hasta la víctima puede intervenir en relación a la reparación integral,³⁰⁰ aunque, es recomendable que lo haga como acusador particular, pues, sólo a través de su abogado defensor, puede anunciar técnicamente las pruebas en torno a la reparación integral³⁰¹ que aspira.

Sobre el anuncio de prueba que debe realizar la defensa penal del acusado es necesario advertir que no todos los elementos de convicción recabados en la etapa de instrucción deben ser anunciados, es decir, en base a una buena táctica, se deben escoger los que más se ajustaron con el análisis de la sustancia del proceso, con su tesis, con las conclusiones fruto del debate que lo hizo con la parte contraria amparado en el principio de contradicción, todo ello con miras a obtener una resolución favorable para el acusado.

1.3.2.- Exclusión de pruebas

Si bien todo objeto de prueba, gracias al principio de libertad probatoria, puede ser probado por cualquier medio, esto no quiere decir que no existan límites a la hora de la adquisición del conocimiento del hecho que motiva el proceso, y estas limitaciones vienen impuestas por las garantías constitucionales individuales; por consiguiente, conforme al principio de legalidad de la actividad procesal y de la prueba en especial, todo elemento de convicción que se incorpore a un proceso debe respetar tanto las normas constitucionales como procesales penales para su obtención y producción, así pues, de esto se deriva lo que se denomina como regla de exclusión probatoria, según la cual se debe excluir para su valoración cualquier elemento probatorio que se lo haya obtenido o incorporado a un proceso violando garantías constitucionales o formas procesales establecidas para su producción.³⁰²

²⁹⁹ Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 187, 188.

³⁰⁰ *COIP*, art. 604. 4. a.

³⁰¹ *Ibid.*, art. 77 y 78.

³⁰² Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial* (Buenos Aires, Edit. Rubinsal Culzoni, 2017), 281.

Con la exclusión de la prueba ilícita se busca preservar el debido proceso al permitir que sólo sea válida aquella que ha sido practicada por un particular, un policía o un fiscal con la debida autorización judicial y la ley penal;³⁰³ pero también se busca restar valor a lo que en doctrina se denomina como frutos del árbol envenenado, que se presenta cuando se ha obtenido algún elemento probatorio practicado en violación a las garantías constitucionales lo cual es inválido, provoca que se excluya no sólo esa prueba, sino también todas aquellas obtenidas posteriormente como consecuencia del conocimiento de ella. Claro que hay también teorías que la limitan, ej. la teoría del descubrimiento inevitable con la cual se admite prueba en juicio a pesar de que esta haya sido derivada de otra obtenida ilícitamente, siempre que el descubrimiento de la segunda se hubiera producido incluso sin la existencia de la primera.³⁰⁴

Cabe señalar también que el “[...] fin inmediato del proceso se obtiene por el procedimiento probatorio que se resuelve en la introducción y la valoración de los elementos de convicción. La introducción se practica a través de los medios de prueba [...] Son como nexos que unen el objeto de la prueba con el conocimiento que de él se adquiere, poniendo el dato valorable al alcance del juzgador”;³⁰⁵ por lo tanto, no encontramos frente a lo que se conoce como la actividad probatoria entendida como el deber que tienen los órganos establecidos por el Estado para obtener, asegurar y conservar los elementos que acreditan la existencia de un hecho que se lo presume como delictuoso, actividad en la que también participan los sujetos procesales.³⁰⁶ Asimismo, en la actividad probatoria se debe distinguir tres momentos: obtención o producción de la prueba, asunción y valoración. La primera se refiere a los actos procesales que van direccionados a conseguir la prueba para luego ponerla a disposición del juez e incorporarla al proceso penal³⁰⁷ y de esta forma practicarla (ejecutarla) con lo cual la prueba pasa de los sujetos procesales a ser parte del proceso penal.

³⁰³ Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al Libro Segundo, Código de Procedimiento Penal, T III* (Quito: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2013), 80.

³⁰⁴ Eduardo Jauchen, *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*, 295, 318.

³⁰⁵ Jorge Clariá Olmedo, *Derecho Procesal penal T.I.* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998), 226.

³⁰⁶ Raúl Washington Abalos, *Derecho Procesal Penal T. II.* (Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2001), 392.

³⁰⁷ Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba* (Bogotá: Edit. Temis S.A., 2012), 264

Sobre la asunción vale indicar que se refiere al aspecto subjetivo, concretamente a la comunicación sensorial del juez con la prueba para que pueda entender su contenido, en qué consiste la misma.³⁰⁸ Finalmente, tenemos la apreciación y valoración de la prueba por parte del juez y que constituye la base del razonamiento probatorio, con lo cual éste podrá establecer si dicha prueba contribuye o no al proceso.

Así pues, respecto de la AEPJ el juez penal, una vez que las partes han anunciado los medios de prueba, debe verificar si estos han sido obtenidos conforme el debido proceso, esto es, que estén acordes con lo que establece la Constitución y el COIP.³⁰⁹ Cabe señalar que sólo en la etapa de juicio los elementos de convicción, las pericias, las evidencias alcanzan la calidad de prueba después de que sean presentadas, incorporadas y valoradas (principio de oportunidad);³¹⁰ por tanto, si no son constitucionales ni legales deberá el juez excluirlos, lo cual significa que jurídicamente los sujetos procesales no podrán hacer uso de ellos en dicha etapa.³¹¹

Además, cuando se traten de hechos notorios y públicos (principio de la verdad procesal)³¹² o que no requieran prueba, como son los acontecimientos históricos conocidos por la comunidad o difundidos en la sociedad, o cuya existencia es reconocida por las partes, el juez debe rechazarlos.³¹³ En efecto, no cabe que las partes anuncien como prueba lo relativo a querer probar quien es actualmente el presidente de la república.

La legislación penal ecuatoriana, a más de señalar que las partes deberán solicitar la exclusión de los medios de prueba, ante lo cual el juzgador, que, a propósito, no podrá decretar la práctica de pruebas de oficio, después de considerar las objeciones declarará si los elementos de convicción son ineficaces, así como excluirá la práctica de medios de prueba que considere ilegales e inconstitucionales para la audiencia de juicio,³¹⁴ también, establece que el anuncio y práctica de la prueba se regirá, entre otros, por el principio de exclusión, el cual indica que toda prueba o elemento de convicción obtenido de manera ilegal e inconstitucional carecerán de eficacia

³⁰⁸ Hernando Devis Echandiá, *Teoría General de la Prueba*, 272.

³⁰⁹ *CRE*, art. 76.4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la constitución o la ley no tendrán ni validez ni eficacia probatoria.

³¹⁰ *COIP*, art. 454.1.

³¹¹ Simón Valdivieso, *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal COIP*, 156.

³¹² *COFJ*, art. 27.

³¹³ Simón Valdivieso, *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal COIP*, 178.

³¹⁴ *COIP*, art. 604. 4, b y c.

probatoria, y por tanto, ser excluidas del proceso, y que respecto de los partes informativos, noticias del delito, versiones de los testigos, informes periciales no podrá ser admitidos como prueba, y sólo se podrán utilizar en la precitada audiencia con la finalidad de recordar y destacar contradicciones.³¹⁵

En este control, la defensa penal del acusado debe estar atento a las pruebas que anuncia la parte contraria, en efecto, debe cerciorarse de si las mismas han sido obtenidas conforme las garantías establecidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos, la Constitución y la ley penal ecuatoriana, así como también, que sean pertinentes, conducentes y útiles. Podría darse el caso de que, por ejemplo, un testimonio anticipado se lo receptó sin que se le haya notificado al investigado o procesado, aunque hubiera estado presente un defensor público, o también, lo referente a que se recibieron versiones contra familiares que prohíbe la ley penal,³¹⁶ ante lo cual la defensa penal debe solicitar la exclusión de las mismas. Claro que, sobre esta parte, existen algunos defensores penales que no le dan la importancia del caso, no piden la exclusión de pruebas, ante lo cual el fiscal de forma fácil logra que se admitan para la etapa de juzgamiento sus pruebas anunciadas.

No está demás indicar que en caso de que no se haya alegado la exclusión de medios probatorios por ninguna de las partes, y el juez advierte que alguno de estos ha sido obtenido de forma ilegal, éste, difícilmente, debido al principio dispositivo, estaría en la facultad de excluirla de oficio; sin embargo, hay autores como el caso de Gonzalo del Río que sostiene que el juez sí puede realizar de oficio un control de las pruebas anunciadas, y ello porque el juez debe velar por el esclarecimiento de los hechos, claro que es preferible propiciar un debate respecto de la hipótesis que permita determinar la exclusión o no medios probatorios.³¹⁷ Así pues, este tipo de control es muy importante, pues la aceptación o no de los mismos influye en la decisión final del juez; en efecto, si se acepta excluir, por ejemplo, un peritaje de peso de la fiscalía relacionado con la existencia o materialidad de la infracción, prácticamente, el juez tendría que dictar auto de sobreseimiento, o en el caso de que no sea uno de peso, pero sí de importancia, el juez podría llamar a juicio, pero con las pruebas restantes anunciadas, el fiscal iría a juicio debilitado.

³¹⁵ Ibid., art. 454. 6.

³¹⁶ Ibid., art. 502.4.

³¹⁷ Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 189

1.3.3.- Acuerdos probatorios

Los acuerdos probatorios se enmarcan dentro de la justicia penal negociada, como una necesidad de simplificación procesal, tienen como antecedente dogmático al negocio jurídico procesal, pues es la confluencia conversada de las voluntades de las partes para disponer de su utilización en el juicio.³¹⁸

Estos acuerdos constituyen una excepción al requerimiento de la prueba, se la realiza dentro de la AEPJ con el propósito de tener por probados algunos hechos, circunstancias, y por economía procesal se busca evitar el debate de cuestiones que no suscitan controversia entre las partes,³¹⁹ por consiguiente, se considera que es innecesario probarlos en la audiencia de juicio. No obstante, no se pueden llegar a acuerdos respecto de los testimonios, es decir, no es viable que se lleguen a dar estos sobre las versiones rendidas en etapas anteriores al juicio, el juez lo debe prohibir puesto que estas sirven para demostrar la responsabilidad del acusado.³²⁰

La ley penal de Ecuador indica que las partes pueden solicitar al juez penal acuerdos probatorios cuando no sea necesario probar el hecho, es más, pueden hacerlo respecto de la comparecencia de los peritos para rendir testimonio de sus informes presentados.³²¹

En cuanto a la defensa penal del procesado, sin lugar a dudas, que debe estar atenta a la hora de querer llegar a acuerdos probatorios con la parte contraria, y ello debido a que, por ejemplo, si se trata de cuestiones relacionadas con la demostración de la existencia de la infracción, dependiendo del delito, estos acuerdos le conviene más a la fiscalía que a la parte acusada, pues, si ya se llegó a tener por probado algunos hechos, posteriormente, en la audiencia de juzgamiento, no podría la defensa penal revertirlos, lo que implica que no se podrá someterlos a contradicción ni aclararlos. No es lo mismo, cuando por ejemplo, se trate de un proceso por presunto delito de Tráfico ilícito de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización, pues en estos casos los sujetos procesales, la defensa penal, pueden acordar las pruebas, por considerar que no hay nada que debatir sobre la existencia de la infracción en la audiencia de juzgamiento, sobre todo cuando se trate de pericias químicas respecto de la calidad de la droga, del

³¹⁸ Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal*, 119.

³¹⁹ Cfr. P. Talavera Elguera, *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal* (Lima: AMAG, 2009), 61 y Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 189, 190.

³²⁰ Carlos Ramírez Romero, ed., *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley*, 123.

³²¹ COIP, art. 604.4.d.

peso. Finalmente, cuando se trate de cuestiones relativas a determinar la responsabilidad penal del acusado, no cabrían los acuerdos probatorios, como podrían ser las versiones rendidas en la instrucción fiscal.

1.4.- Sobreseimiento o llamamiento a juicio

Una vez que se ha evaluado el cumplimiento del debido proceso, es decir, después que se ha declarado su validez, viene el segundo control: el dictamen acusatorio que realiza el fiscal, y luego de escuchar las alegaciones de las partes, el juez penal debe emitir de forma oral y motivada su resolución, la cual puede referirse al sobreseimiento o al llamamiento a juicio al acusado; posteriormente viene lo concerniente al anuncio de pruebas, su exclusión y acuerdos probatorios, en donde el juez decide aceptar o negar las pruebas. Vale señalar que dicha resolución que viene como consecuencia del dictamen acusatorio, en el fondo es un auto de mucha importancia, pues de esto depende el futuro del trámite procesal: que termine ahí o pase a la etapa de juicio.³²²

En cuanto a que la resolución debe ser oral tiene su razón por cuanto el principio de oralidad sirve de base al sistema adversarial acusatorio que rige en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano. Y respecto de la motivación, pues es una exigencia constitucional que busca evitar que se la considere nula.³²³ Los pronunciamientos jurisdiccionales en materia penal, que son los únicos actos normativos cuya validez se funda sobre la verdad procesal, y en virtud de las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad, exigen una motivación fundada en argumentos cognoscitivos en cuanto al hecho y reconocitivos en derecho.³²⁴

Ahora, si consideramos que la resolución que tome el juez la hace previo una valoración de los argumentos de quien acusa y de quien se defiende, y que debe contar con el soporte técnico de las grabaciones de las actuaciones y exposiciones realizadas en la audiencia, se corre el riesgo de que esta sea injusta e ilegal, debido al poco tiempo con el que cuenta para emitir su pronunciamiento, de ahí que sería recomendable que el juez suspenda la audiencia y emita su resolución luego de un considerable período

³²² Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 586.

³²³ CRE, Art. 76, 7, 1.

³²⁴ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, 542, 543.

de análisis, sobre todo en atención a lo voluminoso del expediente, al tipo de delito, a la cantidad de ciudadanos acusados, en fin.³²⁵

En seguida estudiaremos estas dos opciones que se presentan al momento de la resolución del juez.

1.4.1.- Sobreseimiento

El sobreseimiento importa una verdadera sentencia pues pone término al proceso.³²⁶ Es una negación anticipada del derecho de penar que tiene el Estado, una declaración judicial de que no es posible abrir un juicio oral porque no es posible sostener la acusación.³²⁷ Cabe agregar que, en consideración a los efectos penales del sobreseimiento, es necesario de que se cumplan ciertas condiciones tales como que en lo subjetivo se individualice al imputado en cuyo favor se dicta y con las mayor precisión posible, así como en lo objetivo, que se enuncie el hecho, de forma precisa y específica, por el cual se sobresee al procesado, todo ello para evitar en el futuro problemas respecto de la identidad de sujeto y de objeto cuando se quiera aplicar el *non bis in ídem*.³²⁸

La ley penal ecuatoriana establece que, una vez que han concluido las intervenciones de los sujetos procesales, “[...] la o el juzgador comunicará motivadamente de manera verbal a los presentes su resolución que se considerará notificada en el mismo acto”,³²⁹ la que puede consistir bien en un sobreseimiento o en un llamamiento a juicio.

El juez penal dictará auto de sobreseimiento: “[...] 2. Cuando concluya que los hechos no constituyen delito o que los elementos en los que la o el fiscal ha sustentado su acusación no son suficientes para presumir la existencia del delito o participación de la persona procesada. 3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad”³³⁰. Entonces, el sobreseimiento (igual el llamamiento

³²⁵ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho procesal penal ecuatoriano*, 584, 585.

³²⁶ José Luis Clemente, *Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba. Comentado. Anotado. Concordancias. Jurisprudencia. Modelos* (Córdoba: Edit. Lerner, 1998), 173, citado por José I. Cafferata Nores y Gustavo A. Arocena, *Temas de derecho procesal penal. Contemporáneos* (Córdoba: Edit. Mediterránea, 2001), 214.

³²⁷ Cfr. V. Cortés Domínguez, *Derecho Procesal Penal* (Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2005), 341 y Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 85.

³²⁸ Jorge Clariá Olmedo, *Tratado de derecho procesal penal, T. IV* (Buenos Aires: Edit. Ediar, 1964), 330, citado por José I. Cafferata Nores y Gustavo A. Arocena, *Temas de derecho procesal penal. Contemporáneos* (Córdoba: Edit. Mediterránea, 2001), 215.

³²⁹ COIP, art. 604.5.

³³⁰ Ibid., art. 605.

a juicio) se resuelve con presunciones, y, en la medida de lo posible, en base al estándar de convicción³³¹ para condenar (más allá de toda duda razonable) que se utiliza para la valoración de la prueba en el juzgamiento.

Si bien el juez no tiene la posibilidad de valorar o evaluar pruebas, sino sólo elementos de convicción que ha detallado el fiscal y que ha sido objetado por la defensa penal del acusado, y no precisamente conforme el principio de contradicción (no cabe que las partes puedan someter a interrogatorio y conainterrogatorio una versión, ni que el perito sustente su informe pericial), eso no significa que su decisión deba estar alejada del estándar de convencimiento, a lo que hay que agregar que tampoco de las categorías dogmáticas: conducta, imputabilidad, antijuricidad y culpabilidad.

Al valorar los elementos de convicción que apoyen o refuten las distintas hipótesis sobre los hechos del caso, o sobre la responsabilidad del acusado, es necesario que el juez, a efectos de tomar una decisión jurídica, deba considerar sólo los constantes en el proceso, y lógicamente analizada en contexto, sólo ahí dicha valoración le permitirá conceder a cada una de las hipótesis en conflicto un determinado grado de confirmación que dicho sea de paso nunca será igual a la certeza absoluta;³³² pero sobre todo, dentro del campo penal, debe operar con el estándar que exige que la hipótesis esté confirmada más allá de toda duda razonable,³³³ esto es, que debe estar convencido.

En el caso del sobreseimiento surte el principio duda a favor del reo, pues esta la generó el abogado defensor a favor del procesado. En la AEPJ se debe provocar esa duda en el juez con lo cual se evita que el procesado vaya a juicio.

En la AEPJ, previo a la resolución del juez, se debe considerar la presunción de inocencia del acusado, de tal forma que procede el sobreseimiento incluso cuando los elementos de convicción son suficientes, pero quedan dudas sin resolver, lo que se traduce en deficiencias que no impedirían al juez valorar dichos elementos según su propia convicción y criterio en otro proceso penal, e incluso así, esa íntima convicción

³³¹ *Ibid.*, arts. 5.3 y 453.

³³² Jordi Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2007), 45, 46.

³³³ *Ibid.*, 47.

es insuficiente para llamarlo a juicio porque la duda no se ha disipado, pues así lo exigen, al menos teóricamente, las leyes.³³⁴

Por otro lado, respecto de las consecuencias del sobreseimiento, tenemos que la ley penal de Ecuador señala que el juez, al sobreseer, debe calificar en forma motivada la temeridad o malicia de la denuncia o la acusación particular;³³⁵ esto de la temeridad para posteriores reclamos que podría plantear el sobreseído en la vía civil y la malicia, en la vía penal. Pero también debe revocar toda medida cautelar personal y real como de protección que se hubieran dictado en contra del acusado; tampoco se podrá iniciar una investigación penal por los mismos hechos.³³⁶

1.4.2.- Llamamiento a juicio

El llamamiento a juicio es la resolución judicial que da inicio a la etapa más importante del proceso penal: el juicio oral, y ello debido a que se superó tanto la evaluación del debido proceso como de la acusación fiscal, lo cual define el objeto procesal, que deberá ser debatido, así como sienta las bases de la discusión y la actividad probatoria posterior la cual generará una resolución de fondo bien sea absolutoria o condenatoria.³³⁷

Conforme la ley penal ecuatoriana la resolución motivada de llamamiento a juicio incluirá, entre lo más importante: la determinación de los hechos y el delito acusado por el fiscal, el grado de participación establecido en la acusación fiscal, la especificación de las evidencias que sustentan la decisión, la cita y pertinencia de las normas legales y constitucionales aplicables y los acuerdos probatorios que han convenido los sujetos procesales y aprobados por la o el juzgador.³³⁸ Cabe aclarar que para que el juez dicte auto de llamamiento a juicio no se requiere de pruebas, sino, más bien (contrario al sobreseimiento), que considere que los elementos son suficientes para presumir que existe un delito y la participación del procesado.

³³⁴ Jordi Nieva Fenoll, *La duda en el proceso penal*, (Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2013), 68.

³³⁵ COIP, art. 606.

³³⁶ *Ibid.*, art. 607.

³³⁷ Cfr. C. San Martín Castro, *Derecho Procesal Penal* (Lima: Edit. Grijley, 2002), 628 y Gonzalo del Río Labarthe, *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*, 206.

³³⁸ COIP, art. 608.

Sobre el recurso de apelación del auto de sobreseimiento emitido por el juez, previa acusación fiscal, cabe señalar que el mismo sí es procedente, no así en el caso de llamamiento a juicio; en efecto, en la ley penal se indica que el precitado recurso sólo es procedente respecto del auto de sobreseimiento cuando hubo acusación fiscal.³³⁹

Finalmente, en base a lo estudiado en el Cap. I, esto es, sobre el derecho de defensa en el Sistema penal acusatorio, en los siguientes subcapítulos, del Cap. II, analizaremos cuestiones prácticas en torno a que si la defensa penal del procesado, en base a su desempeño, a sus actuaciones, ha sido eficiente dentro de las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito durante el trimestre enero-marzo del 2018, es decir, en base a las actas de dicha audiencia y las entrevistas a los jueces, fiscales, defensores y procesados, veremos si los abogados tanto públicos como privados evitan que éstos últimos sean llamados a juicio, y, por el contrario, logran su sobreseimiento, para lo cual buscarán convencer al juez para que determine que los hechos no constituyen delito o, con base a un análisis de tipicidad, que los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía no fueron suficientes para que se pueda presumir la existencia del delito o participación del procesado, e incluso, convencerlo de que existe alguna causa de exclusión de la antijuridicidad, con lo cual estamos hablando de una defensa penal de fondo relativa a la objeción del dictamen fiscal acusatorio; también, si los defensores han objetado cuestiones relativas al cumplimiento del debido proceso con lo cual nos encontramos frente a la defensa penal de forma.

2. El desempeño de la defensa penal de los procesados en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito en base a las fichas de observación de las actas completas del trimestre enero-marzo del 2018 y a las entrevistas a diferentes actores del proceso penal

³³⁹ Ibid., art. 653.3.

La idea de desempeño suele referirse al rendimiento de una persona en su ámbito laboral o académico, también, al nivel que consigue alcanzar de acuerdo a su destreza y a su esfuerzo, y a su vez, la evaluación del desempeño se refiere al proceso que se lleva a cabo para analizar si un individuo cumplió con los objetivos fijados.³⁴⁰

En la presente tesis, para medir el desempeño de la defensa penal de los procesados me servirá de guía la investigación cuantitativa y cualitativa, respecto de las cuales no podemos referirnos a una sin mencionar la otra; pues, cada objeto o fenómeno representa una unidad de determinada calidad que es caracterizada por la medida, la cual es una categoría filosófica que expresa la unidad orgánica de calidad y cantidad³⁴¹; con el método cualitativo se pretende realzar los datos, observar con mayor claridad aspectos que podrían pasarse por alto con el cuantitativo.³⁴²

Así pues, se busca establecer en qué medida el desempeño de la Defensa penal de los procesados ha sido eficiente en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito durante el trimestre enero-marzo del 2018 y confirmar mi hipótesis de que dicho desempeño ha sido ineficiente, para lo cual me ayudará tanto el método cuantitativo como el cualitativo.

Respecto de la eficiencia, en lo cuantitativo, se utilizará la técnica de análisis documental cuyo instrumento serán las fichas de observación (si bien con el análisis del contenido de actas se obtendría información cualitativa, pero en el presente caso, como ya se explicó en la introducción se la utilizará de ser el caso para reforzar la interpretación); y en lo cualitativo me servirá la técnica de obtención de información cuyo instrumento será la entrevista, y para que sus datos sean creíbles y confiables se utilizará el procedimiento de triangulación.

No está demás mencionar que el término eficiencia suele confundirse con los de eficacia y efectividad. Si revisamos el diccionario de la lengua española vemos que entre estos dos términos no hay mucha diferencia: eficiencia es la capacidad de

³⁴⁰ <https://definicion.de/desempeno/>

³⁴¹ Hugo Cerda Gutiérrez, *Los elementos de la investigación, cómo reconocerlos, diseñarlos y construirlos* (Bogotá: Edit. El Búho, Ltda., 1995), 48.

³⁴² Charles C. Ragin, *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2007), 160.

disponer de alguien o de algo para conseguir un efecto determinado y a su vez la eficacia, sinónimo de efectividad, es la capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera.³⁴³ Si estos términos lo trasladamos al ámbito empresarial o económico, en el que se suele hacer análisis de costo-beneficio, tenemos que la eficacia es una medida normativa relacionada con el logro de los resultados; en cambio, la eficiencia es una medida que tiene que ver con la utilización de recursos, con hacer bien las cosas; la eficiencia aumenta a medida que decrecen los costos y los recursos utilizados;³⁴⁴ por tanto, el sentido de estos términos, tienen cierta relación a la hora de medir la eficiencia en el desempeño de la defensa penal de los procesados. Claro que la eficacia viene a ser un concepto absoluto, no tiene término medio: o se es eficaz o no se lo es, si se alcanza una meta, la persona es eficaz, si no la alcanza, aunque sea por poco, no es eficaz; la eficiencia, en cambio, es un concepto relativo, se puede ser eficiente en diferentes grados: muy eficiente, eficiente, menos eficiente.³⁴⁵

Para el presente estudio, se podría considerar, en función de los resultados cuantitativos que se obtengan después de realizar la observación de las fichas que si las objeciones, alegaciones o peticiones de la defensa penal de los procesados en la AEPJ como parte de su desempeño se encuentran dentro del rango de 0 al 20% sería muy ineficiente, del 20 al 40% ineficiente, del 40 al 60% poco eficiente, del 60% al 80% eficiente y si entra el rango del 80 al 100% muy eficiente. Y en cuanto a las entrevistas, al ser una investigación cualitativa, no serviría este tipo de medición porcentual.

Así pues, en la presente investigación no se busca medir o evaluar el desempeño de los defensores penales de los procesados en relación a su carga de trabajo, a las visitas a los procesados, o a la revisión del expediente previo a la AEPJ; tampoco se refiere al ámbito de la gestión judicial que está más relacionada con los jueces y fiscales, en el que el Estado invierte recursos económicos y humanos con miras a lograr que la justicia sea eficiente: disminución de audiencias fallidas, decisiones judiciales dentro de los plazos establecidos, sentencias ejecutadas, y que, a veces, deviene en un efficientismo en el que los derechos humanos y las garantías penales y procesales se conciben como obstáculos para lograr la eficiencia real del

343 *Diccionario de la lengua española, RAE*, en <https://dle.rae.es/?id=EOjKmr1>.

344 Idalberto Chiavenato, *Administración de recursos humanos*, citado por Willebaldo Roura, *Eficacia y eficiencia, Auditoool*, <https://www.auditoool.org/blog/control-interno/824-eficacia-y-eficiencia>.

345 *Ibid.*

sistema penal;³⁴⁶ se trata, más bien, de medir la eficiencia de la parte más frágil dentro del proceso, con base a los siguientes parámetros: conocimientos en materia penal (teoría del delito), en procedimiento penal y constitucional, y que, obviamente, sirven de herramienta para debatir, para fundamentar acertadamente en dichas audiencias y así obtener también logros a favor de sus defendidos, lo que viene a significar la eficacia; por ejemplo, obtener nulidades, sobreseimientos, y en caso de darse el llamamiento a juicio, la obtención de admisión de pruebas, u obtener la exclusión de estas, según el caso, todo lo cual que tiene que ver con los tres controles que se dan en la AEPJ; claro que al final, lo que se medirá es el grado de desempeño de la defensa penal de los procesados, es decir, si es ineficiente, poco eficiente, o muy eficiente, aunque, sin separar la defensoría pública de la defensa privada, de ser así, se requeriría de otros criterios.

Ahora bien, al obtenerse una resolución favorable al procesado significa que ha habido eficiencia en la defensa penal, que se ha asegurado el derecho al debido proceso, que se aplicaron los principios procesales que rigen el derecho de defensa penal como son la presunción de inocencia, duda a favor del reo y la igualdad; por tanto, la eficiencia de la defensa penal de los procesados, en cierta forma, tiene que ver con la calidad: los abogados privados al cobrar honorarios a sus clientes y, los públicos, al percibir un sueldo del Estado, están prestando un servicio.

Asimismo, es necesario mencionar que esta investigación cuantitativa y cualitativa con la que se aspira demostrar mi hipótesis relacionada con la defensa penal, sin duda, está vinculada con la parte teórica del capítulo I, y ello en consideración a que Ecuador es un Estado constitucional tanto de derechos como de justicia, lo que genera que dentro de un proceso penal las personas procesadas tengan derecho a un debido proceso, esto es, como ya se ha dicho *supra*, derecho a la defensa a través de garantías básicas como la de no ser privado de este derecho en ninguna etapa o grado del procedimiento, o ser asistido por un abogado de su elección o por un defensor público,³⁴⁷ y que tienen respaldo constitucional y en instrumentos internacionales de derechos humanos, todo lo cual sirve para regular el poder represivo

³⁴⁶ Alejandro Aponte Cardona, *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal* (Bogotá: Edit. Ibáñez, 2006), 141.

³⁴⁷ CRE, art. 76.7.

del Estado, la persecución penal pública, cuestiones que deben ser tomados muy en cuenta por los operadores de justicia.

También, se debe considerar el aporte que ha brindado el modelo garantista de Ferrajoli, el cual, respecto del derecho, sostiene que es la garantía de los débiles frente a los más poderosos,³⁴⁸ pues, en esta parte se va a analizar si el procesado recibe o no una defensa eficiente, es decir, si está o no amparado por el principio de contradicción. Finalmente, la fuente de los datos para esta investigación se la obtendrá en la Unidad Judicial Penal de Iñaquito del D.M. de Quito, creada el 24 de abril del 2017 por el Pleno del Consejo de la Judicatura, mediante Resolución No. 051-2017, Unidad situada en el 4to. piso del Complejo Judicial Norte, esto es, en las actas de las audiencias que se realizaron en las salas de dicha Unidad, así como también de las entrevistas a los jueces que trabajan en dicho lugar.

2.1.- El desempeño de la defensa penal de los procesados en torno al cumplimiento del debido proceso, al dictamen fiscal acusatorio y a la preparación del juicio, en base al estudio de las fichas de observación de las actas del trimestre enero-marzo del 2018

En esta parte de la evaluación del desempeño de los defensores públicos y/o privados de los procesados respecto de la eficiencia, se utilizará el método cuantitativo, con la técnica de análisis documental cuyo instrumento serán las fichas de observación (actas); asimismo, se considerarán los tres controles por los que atraviesa la AEPJ: a) evaluación del cumplimiento del debido proceso, integrada por: conocimiento de requisitos de procedibilidad, cuestiones de prejudicialidad, de competencia y de procedimiento, b) evaluación del dictamen fiscal acusatorio, y, c) preparación del juicio, que engloba la petición de anuncio, la exclusión y los acuerdos de prueba. También se verá la respuesta que ha dado el juez a los requerimientos de la defensa penal, esto es, a qué resolución ha llegado: a) declaración de nulidad, b) sobreseimiento o llamamiento a juicio y c) aceptación o negación de pruebas.

³⁴⁸ Rodolfo Moreno Cruz, "El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales", en *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 26 de marzo del 2007, 827, en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3936/4978>.

Las evidencias procesales, como se mencionó, se recolectarán en la Unidad Judicial Penal con sede en la parroquia Ñaquito del D.M. de Quito, provincia de Pichincha, cuyos insumos son las actas completas de las audiencias de evaluación y preparatorias de juicio realizadas en el trimestre enero-marzo del 2018, de las causas con códigos: 17294 y 17282; esta información del reporte de audiencias por estado, me será suministrada por el departamento de Estudios Jurimétricos de la Dirección Provincial del Consejo de la Judicatura de Pichincha, a través de la coordinación de la Unidad Judicial Penal.

En cuanto al aspecto temporal, la investigación y evaluación del trimestre enero-marzo del 2018, no se ve afectada, pues, no ha habido reformas a ley penal en torno a este tipo de audiencias, a esta etapa de procedimiento ordinario, tampoco se ha modificado las competencias de los jueces en razón del territorio o la materia, ni ha variado el número de sus integrantes en la Unidad Judicial de Ñaquito.

En cuanto a las actas de dicho trimestre su población es de 57 y su muestra es de 50, las mismas que son actuales y relevantes. En dicha población no se incluyeron las audiencias que en principio fueron convocadas como de evaluación y preparatoria de juicio, pero que no se realizaron debido a que en su lugar, por el principio de concentración, devinieron en audiencias de conciliación o de procedimiento abreviado. Asimismo, en el reporte de audiencias por estado consta: número de proceso, materia, fecha y hora de audiencia agendada, actuación judicial, juez titular (que actualmente labora en la Unidad y que realizó la audiencia en dicho trimestre), tipo y el estado de las mismas.

Ahora bien, las fichas de observación, que sirven para medir el grado de eficiencia de la defensa penal en la AEPJ, tienen como base documentos consistentes en las actas judiciales íntegras de dichas audiencias, objeto de esta investigación, impresas, y que debido a que a veces las audiencias son largas no contienen la transcripción completa, de tal forma que si hay dudas sobre lo expuesto por los sujetos procesales, se tiene que recurrir a los audios; por tanto, se haría muy difícil obtener también una información cualitativa (con las entrevistas se supliría la misma). Las fichas estarán compuestas de las siguientes palabras clave: respecto del cumplimiento del debido proceso (primer control) que tiene que ver con la defensa de forma, con el parámetro relativo a conocimientos en materia constitucional sería: objeciones de los defensores públicos y/o privados sobre cualquiera de los requisitos de procedimiento, de procedibilidad, prejudicialidad o competencia que puedan afectar la validez del

proceso; asimismo, la respuesta del juez a dichas objeciones, es decir, su decisión de declarar, por ej. la nulidad. Luego, en los resultados, se verá (variables cuantitativas equivale a pregunta, o palabras clave) cuántos defensores objetaron (variable), cualquiera de dichos requisitos y cuántos no lo hicieron, así como la respuesta del juez.

En cuanto a la evaluación del dictamen fiscal acusatorio (segundo control), que tiene que ver con la defensa de fondo, en especial con el parámetro relativo a conocimientos en materia penal, sería: alegaciones de los defensores públicos y/o privados sobre aspectos relacionados con la teoría del delito: que los hechos no constituyen delito (ej. ausencia de acción u omisión), sobre los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía no fueron suficientes para que se pueda presumir la existencia del delito o participación del procesado (ej. tipicidad), y sobre la existencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad, asimismo, cuál fue la respuesta del juez a dichas alegaciones, es decir, su resolución de llamar a juicio o de sobreseer. Luego, en los resultados, se verá (variables cuantitativas) cuántos alegaron cualquiera de estos aspectos relacionados con la teoría del delito, y cuántos no lo hicieron, así como la respuesta del juez.

Finalmente, sobre la preparación del juicio (tercer control), que tiene que ver con la defensa de forma, con la materia constitucional y legal sería: intervenciones para anunciar prueba, pedir su exclusión o para hacer acuerdos de prueba; asimismo, cuál fue la respuesta del juez (ej. decisión de aceptar o negar alguna prueba). Luego, en los resultados, en la tabulación, se verá (variables cuantitativas) cuántos defensores solicitaron exclusión de prueba y más y cuántos no; así como la respuesta del juez.

2.2.- El desempeño de la defensa penal de los procesados, en consideración a las entrevistas realizadas a los diferentes actores del proceso penal: jueces, fiscales, abogados públicos y/o privados y procesados.

En esta parte de la evaluación del desempeño de los defensores penales de los procesados en la AEPJ, respecto de la eficiencia, se utilizará el método cualitativo, con la técnica de obtención de información y como instrumento la entrevista, pero teniendo en cuenta los tres controles por los que atraviesa dicha audiencia.

En efecto, se busca complementar la evaluación cuantitativa del desempeño de la defensa penal del procesado con la cualitativa con la ayuda de la entrevista, en este caso no estructurada, la misma que permite realizar preguntas abiertas y que estarán relacionadas con la parte teórica y del problema real, con la defensa de forma y de fondo, para de esta forma obtener información que es subjetiva, y así establecer el objetivo relacionado con la evaluación del desempeño, si hay eficiencia o no de los abogados públicos y/o privados cuando realizan las impugnaciones, etc. a la parte contraria en las AEPJ, pero tomando en consideración parámetros tales como: conocimientos en materia penal, procedimiento penal y en materia constitucional. Asimismo, no está demás señalar que, con la ayuda del método cualitativo, de las entrevistas, se podría ir descubriendo, afinando, perfeccionando mi hipótesis,³⁴⁹ en este caso relacionado con la obtención de información acerca de las razones, o del porqué de la eficiencia o ineficiencia de la defensa penal de los procesados en dichas audiencias.

Así pues, se realizará 32 entrevistas divididas en 4 grupos. El primero con 8 jueces, que trabajan en la Unidad judicial penal de Ñaquito, y para mantener el equilibrio, los tres grupos restantes con 8 fiscales, 8 defensores y 8 procesados, cada uno, los que han sido escogidos porque interactúan en dichas audiencias. Respecto a los jueces se entrevistará como se dijo en un universo de 8 (mi persona no estará incluida, para garantizar imparcialidad) para lo cual elaboraré cuestionarios, preguntas teóricas y del problema real, todo ello para conocer la actuación de los defensores penales dentro de dichas audiencias.

Además, se utilizará el procedimiento de triangulación respecto de las entrevistas a los cuatro actores antes mencionados y así obtener información desde diferentes ángulos. De esta forma, con los datos recogidos se obtendrá una información fiable y equilibrada respecto de si la defensa penal de los procesados en las AEPJ es ineficiente, poco eficiente, eficiente o muy eficiente.

Finalmente, en cuanto al procedimiento se realizará el correspondiente contacto con los jueces a fin de realizarles las entrevistas relacionada con mi tema de

³⁴⁹ José Alberto Yuni y Claudio Ariel urbano, *Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación*, Vol. 1, (Córdoba: Edit. Brujas, 2006), 116.

tesis, se les pedirá señalar una fecha y hora para reunirnos, así como también para indicarles que la entrevista será grabada en un Smartphone; luego, está será descargada para, en la fase de resultados, poder realizar el análisis de los datos obtenidos.

2.3.- Resultados

Una vez que se ha recolectado y depurado los datos cuantitativos, concretamente las 50 fichas de observación de las actas completas de AEPJ, vamos a analizar los resultados, luego, lo interpretaremos para encontrar un significado y reflexionar sobre ellos; asimismo, respecto de los datos cualitativos, de los cuales no se recomienda un análisis estadístico o cuantitativo,³⁵⁰ esto es, de las entrevistas a los 4 actores de los procesos penales: jueces, fiscales, defensores y procesados, en un número de 8 cada uno, que da un total de 32 entrevistas, vamos a analizar, categorizar e interpretar los resultados, o más bien, comprenderlos,³⁵¹ así mediríamos la eficiencia con base a los parámetros relativos a conocimientos en materia penal, procedimiento penal, constitucional e incluso en jurisprudencia, los que sirven de herramienta para debatir, para fundamentar acertadamente en dichas audiencias y así obtener también logros a favor de sus defendidos, luego lo triangularemos, para finalmente, en consideración a la teoría del garantismo penal responder a la pregunta central, y de esta forma verificar si se confirma o no mi hipótesis.

Fichas de observación: de las 50 actas de la muestra, en las que se hizo la evaluación del desempeño de la defensa penal de los procesados, y en consideración a los 3 controles en que se ha dividido la AEPJ, con una tabulación manual, se obtuvo:

Primer control: Evaluación del cumplimiento del debido proceso. Palabras clave (variables): Objeciones de la defensa penal sobre cualquiera de los requisitos de procedimiento, de procedibilidad, prejudicialidad o competencia que puedan afectar la validez del proceso, se obtuvo:

13 defensores penales SÍ objetaron algún requisito de procedibilidad, de prejudicialidad y más (26%).

³⁵⁰ Alejandro Solís Espinoza, *Metodología de la investigación jurídico social* (Lima: Editores B y B, 2001), 241.

³⁵¹ Hugo Cerda Gutiérrez, *Los elementos de la investigación*, 382.

37 NO lo objetaron (74%).

Ver gráfico 1

Sobre la respuesta del juez a las 13 objeciones de la defensa penal que lo hizo sobre cualquiera de los requisitos de procedimiento, de procedibilidad, prejudicialidad o competencia se obtuvo:

1 defensor SÍ obtuvo respuesta favorable del juez (nulidad) (7,69%).
--

12 defensores NO la obtuvieron (validó el proceso) (92,31%).
--

Ver gráfico 2

Desempeño de la defensa penal: se observó en las fichas que los defensores penales, cuantitativamente, en la mayoría de los casos (37) no objetaron ninguno de los requisitos precitados, ahora bien, interpretándolo cualitativamente, quizá se debe a que desconocen de aspectos específicos en torno a este control relacionados con la materia procesal penal y constitucional, aunque, también es porque la mayoría de abogados no se preocupan de verificar en el expediente si el investigado tuvo la asistencia debida y continua de un defensor penal, pues, del contenido de las actas integrales, se observa que en algunos casos no lo tuvieron: el fiscal se asegura de que el defensor esté solamente presente al momento de rendir su versión; tampoco, constatan si fue notificado legalmente para la audiencia de formulación de cargos. Este era el momento adecuado para que la defensa penal objetase las cuestiones precitadas, pero no lo hicieron, ante lo cual el juez declaró la validez del proceso, claro que el juez, en caso de que la defensa penal no haya detectado que existe alguna cuestión relativa a la indefensión, esto es, que no ha sido notificado el investigado (no el abogado) en su domicilio (Art. 594.3 COIP), podía de oficio haber realizado el control del mismo, pues, los jueces son garantistas y deben velar para que se cumpla el proceso de forma correcta; pero en presente caso, conforme las fichas, éstos no repararon en si estaba o no legalmente notificado el investigado e igual declararon la validez del proceso, so pretexto del principio dispositivo. Respecto de la prejudicialidad, tampoco se objetó nada, sobre todo en los delitos de estafa y abuso de confianza que es en donde suele confundirse con la materia civil. Sobre la procedibilidad, en las 50 actas no hubo un

solo caso de estos. En cuanto a la competencia, aunque los abogados no lo objetaron, los jueces si suelen percatarse de que lo son, y en el presente caso, de las actas se observa que en todos los casos los jueces si se percataron de ser competentes en la materia, territorio y más. Entonces, en este punto, no hubo una defensa de forma adecuada, se dejó de lado el principio de contradicción, piedra angular del garantismo penal, con el cual el defensor del procesado podría haber aprovechado para buscar cierta igualdad, para paliar el peso de la acusación, que siempre está en ventaja, pues representa al poder punitivo del Estado, en consecuencia el desempeño de la defensa penal de los procesados en esta parte es INEFICIENTE.

Sobre las respuestas del juez a los 13 defensores penales, cabe señalar que 12 no recibieron una respuesta favorable; sin embargo, conforme las circunstancias del caso, e interpretándolo cualitativamente, se observa en las fichas que la mayoría actuó de forma adecuada, eficiente, utilizaron conocimientos en materia penal y constitucional, quienes objetaron en su mayoría alegaron requisitos de procedimiento, sobre todo de que sus defendidos no fueron notificados a la audiencia de formulación de cargos, pero esto no era viable puesto que se determinó que si lo estaban, conforme el Art. 594.3 del COIP; por tanto, por más buena defensa de forma que tuvieron los procesados, el juez declaró la validez porque estaba conforme al debido proceso que establece el precitado COIP, y en cuanto al único caso que logró una respuesta favorable, en este caso la nulidad por requisitos de procedimiento, entraría dentro de la eficacia que ayuda a la eficiencia.

Segundo control: Evaluación del dictamen fiscal acusatorio. Palabras clave (variables): Alegaciones de los defensores penales sobre aspectos relacionados con la teoría del delito: que los hechos no constituyen delito, sobre los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía no fueron suficientes para que se pueda presumir la existencia del delito o participación del procesado, y sobre la existencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad, se han obtenido lo siguiente:

29 SÍ alegaron aspectos relacionados con la teoría del delito (59,18 %).

20 NO lo alegaron (40,82 %).

1 no se contabiliza, no avanzó a este momento, juez declaró nulidad.
--

Ver gráfico 1

Sobre la respuesta del juez a las 29 alegaciones de la defensa penal, se obtuvo:

6 SÍ obtuvieron respuesta favorable del juez (sobreseimiento) (20,69 %).
--

23 NO obtuvieron respuesta favorable (se llamó a juicio) (79,31 %).

Ver gráfico 2

Desempeño de la defensa penal: se observó en las fichas que los defensores penales, cuantitativamente, en la mayoría de los casos (29) sí alegaron alguno de los aspectos relacionados con la teoría del delito; ahora bien, interpretándolo cualitativamente, esto se debe a que tienen conocimientos en materia penal, pues, la mayoría alegaron que los hechos no constituían delito, que no encajaban dentro de una conducta punible, incluso hubo un caso en que se alegó exclusión de antijuricidad por legítima defensa. Sobre los 20 defensores penales que decidieron no alegar nada sobre este control, cabe señalar (respecto de la intervención de los jueces) que aunque los abogados no hubiesen detectado alguna anomalía respecto de los hechos que no constituían delito, o que de los elementos de convicción no se establece la materialidad o existencia de la infracción (esto suele darse cuando existe una deficiente investigación de fiscalía), no hubo necesidad de que los jueces de oficio resuelvan sobreseer a los procesados, por cuanto de las actas si había mérito, si estaba justificado de que se los llamase a juicio. Así pues, el desempeño, en su mayoría, es EFICIENTE.

En cuanto a las respuestas de los jueces a los 29 defensores penales, cabe señalar que sólo 6 sí recibieron una respuesta favorable; no obstante si se considera las circunstancias del caso, conforme se observa en las fichas, que el juez resolvió declarar el sobreseimiento sólo a 6 procesados (lo cual entra dentro de la eficacia) y, por el contrario, mayoritariamente ha negado el pedido de la defensa penal de los procesados de sobreseimiento, es decir, ha resuelto llamar a juicio a 23 procesados a pedido de fiscalía, no significa que las respuestas negativas (23) de quienes alegaron contra el dictamen acusatorio del fiscal, se las deba considerar como un desempeño ineficiente, pues, se observó que, de forma mayoritaria, los defensores del procesado hicieron una

defensa de fondo adecuada, plantearon una buena teoría del caso, objetaron de forma acertada el dictamen acusatorio del fiscal, aplicaron las categorías dogmáticas para demostrar sus alegaciones; pero, el juez decidió llamar a juicio debido a que los elementos de convicción de la fiscalía tuvieron más fundamento.

Tercer control: preparación del juicio. Palabras clave (variables): Intervenciones de defensores penales para anunciar prueba, pedir su exclusión o para hacer acuerdos de prueba, se obtuvo:

40 SÍ pidieron anuncio de prueba, su exclusión o hicieron acuerdos (81,63 %).

9 no lo pidieron (18,37 %).

1 no se contabiliza, no avanzó a este momento, juez declaró nulidad.

Ver gráfico 1

En cuanto a la respuesta del juez a las 40 peticiones de la defensa penal se ha obtenido:

36 SÍ obtuvieron respuesta favorable del juez (anuncio de pruebas, acuerdos, o exclusión) (90 %).

4 NO la obtuvieron (10 %).

Ver gráfico 2

Desempeño de la defensa penal: se observó en las fichas que los defensores penales, cuantitativamente, en la mayoría de los casos (40) sí pidieron anuncio de prueba, su exclusión o hicieron acuerdos; ahora bien, esto se debe a sus conocimientos en materia constitucional, claro que en su mayoría pidieron anunciar prueba, y en muy pocos casos se refirieron a su exclusión con el argumento de que no eran legales ni constitucionales, con lo cual se hizo uso del principio de contradicción del que nos habla Ferrajoli. Respecto de los abogados de los procesados que no intervinieron para anunciar o pedir exclusión de pruebas, vale señalar que el juez en caso de haber advertido que se podía haber anunciado alguna prueba, o que el abogado debió pedir la exclusión de una prueba anunciada por la fiscalía porque se la ha obtenido

ilegalmente, debido al principio dispositivo, difícilmente, en este tercer control, podía el juez anunciar o excluir de oficio, correría el riesgo de dejar en la indefensión a la fiscalía; en el presente caso, de las actas se observó que la falta de anuncio de pruebas de parte de los procesados, en casos de delitos contra la propiedad, se debía a que en verdad no las tenían y respecto de la petición de exclusión de pruebas anunciadas por fiscalía, tampoco lo hicieron porque los fiscales se aseguraron de anunciarla adecuadamente, conforme las reglas del Art. 454 del COIP. En este punto, el desempeño de la defensa penal de los procesados vendría a ser EFICIENTE.

En cuanto a las respuestas de los jueces a los 40 defensores penales, 36 sí recibieron una respuesta favorable. Ahora, en consideración a las circunstancias del caso, los jueces, en base al principio dispositivo y de contradicción, han escuchado a las partes y han decidido aceptar a 36 defensores penales en especial anuncios de pruebas y negar 4 peticiones de testimonios de personas que no han rendido su versión dentro de la instrucción fiscal, esto es, excluir estas pruebas a petición de la fiscalía, cabe agregar que esto no quiere decir que hubo un desempeño ineficiente. Y a la inversa, se presentaron casos en los que el defensor del procesado pidió que se excluyera pruebas de la fiscalía, porque no eran constitucionales, pero el juez consideró que no carecían de eficacia probatoria. Así pues, se observó que hubo en su mayoría una adecuada defensa de forma, así como también, eficacia.

Total: contabilizando los resultados de los defensores penales que sí objetaron, alegaron e intervinieron en los tres controles de la AEPJ, esto es, el 26 %, 59,18 % y 81,63 %, en su orden, da un promedio de 55.60 %, es decir es POCO EFICIENTE, entraría en el rango del 40 al 60% (en contraposición, de quienes no lo hicieron, en su orden, esto es, 74%, 40,82% y 18,37%, da un promedio de 44,40%). Conforme lo propuesto por Ferrajoli, se ha utilizado relativamente el principio de contradicción, además, los defensores tienen pocos conocimientos en materia penal y constitucional.
Ver gráfico 3.

Intervenciones de defensa penal procesados en los tres controles de Audiencias Evaluación y Preparatoria de Juicio

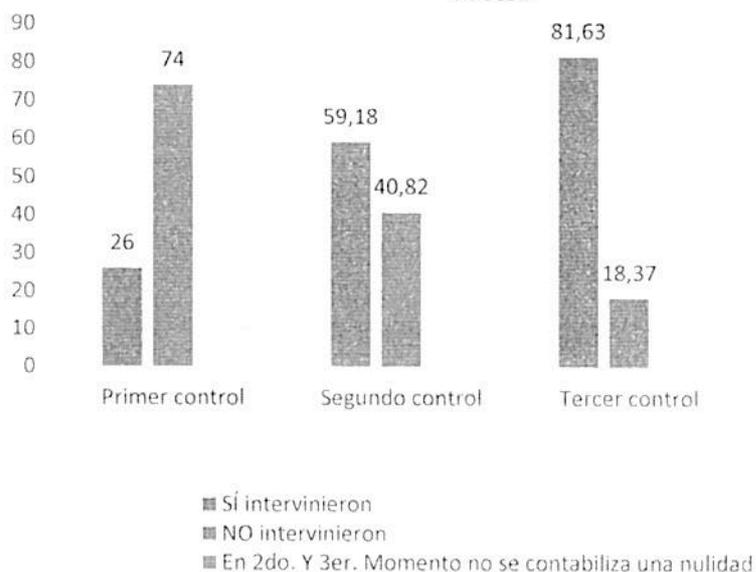


Gráfico 1

Respuestas del juez a peticiones defensa penal procesados en tres controles

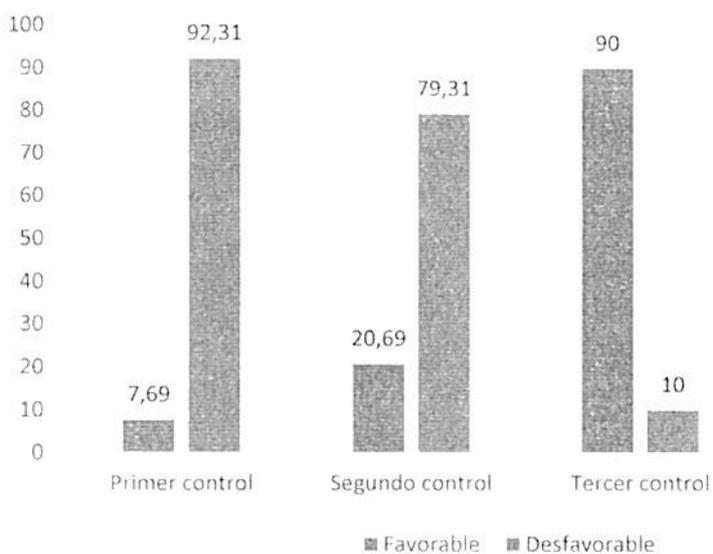


Gráfico 2.

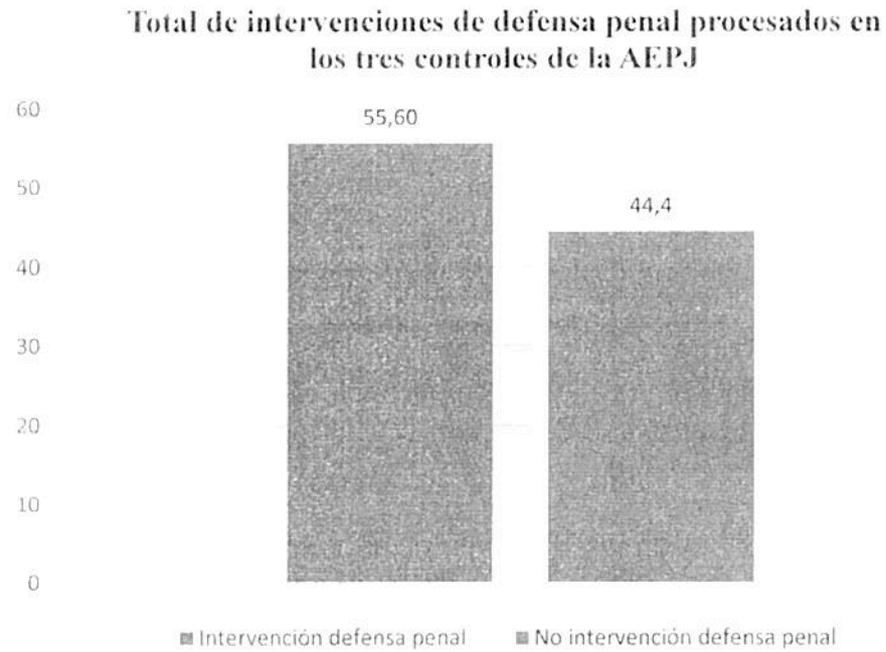


Gráfico 3.

Entrevistas:

Una vez recolectado y depurado los datos obtenidos de las entrevistas a los 4 actores (Ver gráfico 4), se los va a reducir, esto es, se procederá a ubicar en categorías cada una de sus respuestas, en base a consensos, para posteriormente obtener macrocategorías, las cuales serán trianguladas y de esta forma obtener los resultados.

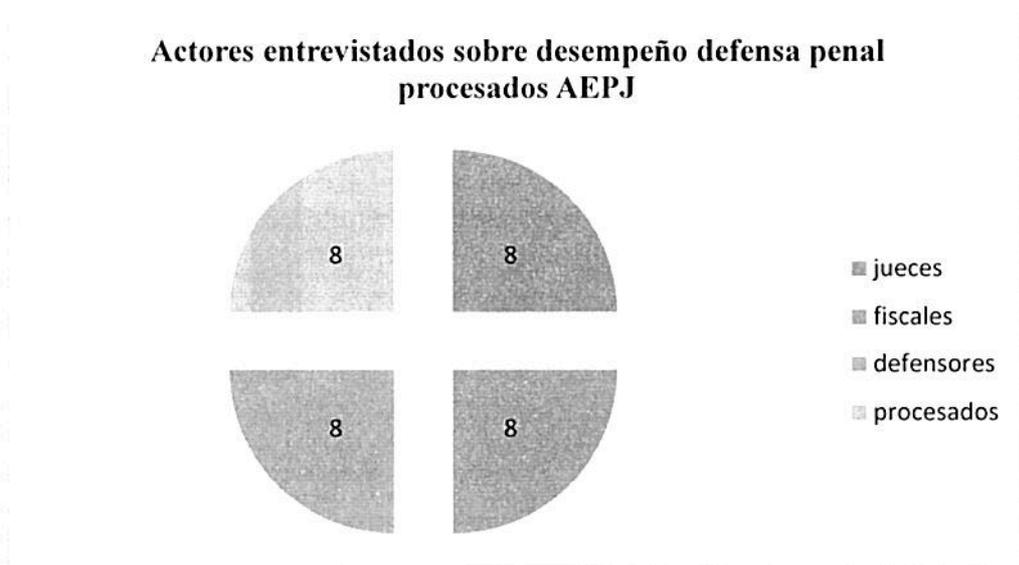


Gráfico 4.

Jueces:

Primera pregunta: ¿Qué parámetros debe reunir una defensa penal técnica en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio? Hubo 8 respuestas relacionadas con el conocimiento jurídico; por tanto, se las agrupó en 2 categorías, pero teniendo en consideración la pregunta central, el objetivo de la investigación, así pues, tenemos:

- a) 7 jueces manifestaron que los defensores penales deben tener conocimientos en derecho penal y constitucional, también en litigación oral y conocer el expediente fiscal;
- b) 1 juez sostiene que deben ser más técnicos, prácticos y partir del análisis de los hechos o circunstancias.

De las precitadas categorías se comprende que para hablar de una defensa penal técnica en las AEPJ, los abogados públicos y/o privados deben reunir parámetros relacionados con los conocimientos en materia penal y constitucional, manejar técnicas de litigación oral, y que sirven de herramientas para que puedan desempeñarse con eficiencia en las AEPJ, y ello porque, si en nuestra legislación penal rige el sistema adversarial acusatorio, es lógico que los defensores de los procesados deban aplicar los principios procesales penales tales como la oralidad, la contradicción, etc. como parte de la defensa técnica en dichas audiencias y como medio, para utilizar estos, conocer litigación oral, en cuanto al expediente, no es obligatorio, porque no estamos en un sistema escritural, sino oral; además, el momento que se desarrolla la audiencia las partes se van enterando en qué consiste el delito del que va a acusar el fiscal, las pruebas que este va a anunciar, en fin, ante lo cual la defensa penal del procesado puede ir, en base al principio de contradicción, objetándolas, quizá, en lo concerniente al primer control, es decir cuando se va a evaluar el debido proceso, por ejemplo, el requisito de procedibilidad en un caso de peculado, la defensa penal podría revisar el expediente y confirmar si existe o no el informe de responsabilidad penal emitido por la Contraloría.

Segunda pregunta: sobre cómo consideran los jueces el desempeño de la defensa penal de los procesados en dichas audiencias al momento de resolver cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, hubo 8 respuestas que se las agrupó en 2 categorías:

a) 7 jueces indican que a la defensa penal de los procesados les falta preparación, son deficientes, no tienen conocimientos en temas prejudiciales, competencia y más; no identifican los tipos de vicios, no preparan sus alegatos, alegan vicios que no implican nulidad, lo hacen por dilatar el proceso, no diferencian el ámbito penal del civil.

b) 1 juez señala que la mayoría de las causas son llevadas de manera adecuada por parte de la defensa penal.

De lo mencionado se comprende que, según la mayoría de jueces, el desempeño de la defensa penal técnica de los procesados en este primer control de la AEPJ es ineficiente, y se indica que es porque desconocen de temas relacionados con la prejudicialidad, competencia y más, lo cual va contra el derecho constitucional a la defensa que tiene el procesado, porque se pasa por alto el derecho a las garantías del debido proceso, en este caso, no se aplica el principio de igualdad; no diferencian lo penal de lo civil, lo que significa que no conocen bien de materia penal y procesal penal, la defensa penal no hace eco del garantismo penal de Ferrajoli que busca equilibrar al procesado con la acusación en un proceso penal.

Tercera pregunta: que tiene que ver con lo que piensan los jueces acerca del desempeño de la defensa penal en dichas audiencias cuando se analiza el dictamen acusatorio del fiscal; se agrupó las 8 respuestas en 2 categorías:

a) 5 jueces señalan que no realizan un análisis a fondo del caso, les falta preparación, no atacan los elementos de convicción de la fiscalía;

b) 3 jueces indican que hay profesionales que hacen un buen papel, refutan el dictamen fiscal acusatorio.

De lo mencionado se establece que la mayoría de jueces considera que la defensa penal técnica de los procesados en este Segundo control de la AEPJ no está preparada para este tipo de audiencias, es ineficiente porque los abogados públicos y/o privados desconocen de materia penal, de teoría del delito, por tanto, no hacen una defensa de fondo. Claro que también hay criterios minoritarios de que si hay defensores que objetan el dictamen fiscal acusatorio, a pesar de que el juez, en atención a los argumentos del fiscal que son más contundentes, decida llamar a juicio al procesado.

Cuarta pregunta: que se refiere a cómo aprecian los jueces el desempeño de la defensa penal de los procesados al momento de anunciar pruebas, pedir acuerdos probatorios y excluir pruebas; las 8 respuestas se las agrupó en 3 categorías:

a) 5 jueces sostienen que el desempeño es ineficiente, hay falta de conocimiento, no entienden la diferencia entre elementos de convicción y pruebas, no están preparados para hacer anuncios probatorios, o se olvidan de hacerlo; buscan llegar a acuerdos relacionados con la responsabilidad del procesado, lo cual no cabe; tienen miedo de hacer acuerdos probatorios; no manejan bien la exclusión de la prueba;

b) 1 juez considera que es poco eficiente, hay buenas defensas, pero también se olvidan anunciar pruebas, o no entienden la diferencia entre elementos de convicción y una prueba.

c) 2 jueces, en cambio, consideran que el desempeño de la defensa penal es eficiente, es bueno, están preparados para este tipo de audiencias.

En este punto, interpretando y comprendiendo las respuestas dadas por los jueces a esta variable, esto es, a las categorías precitadas que se relaciona con el Tercer control de la AEPJ, en su mayoría señalan que existe un desempeño ineficiente de la defensa penal de los procesados; no hay propiamente una defensa de forma, la defensa técnica deja mucho que desear, y ello porque no manejan bien estas figuras jurídicas, porque desconocen el mecanismo relacionado con el anuncio de pruebas, con los acuerdos probatorios, y en lo que respecta a la exclusión de pruebas, incluso, cuando lo piden no lo hacen de forma motivada; no tienen conocimientos de las normas penales adecuadas al caso, entonces, no hay una defensa acorde con el principio establecido en el garantismo penal de contradicción, de Ferrajoli también conocido como de defensa o de la refutación y que la encontramos en la máxima latina *Nulla probatio sine defensione*; no se dan las garantías básicas del derecho al debido proceso, es decir, del derecho a la defensa penal contemplado en la Constitución. Ahora, también, hay un par de criterios que señalan que sí realizan una buena defensa en esta parte, y otro, que es poco eficiente.

Quinta pregunta: sobre si los jueces creen que los defensores penales utilizan adecuadamente la Constitución y la ley penal como herramientas a favor de los procesados en dicha audiencia; se agrupó las 8 respuestas en 3 categorías:

a) 4 jueces establecen que no utilizan de forma adecuada la Constitución ni la ley penal en beneficio de los procesados;

- b) 3 jueces indican que sí utilizan de forma adecuada estas herramientas;
- c) 1 juez señala que unos si lo utilizan adecuadamente y otros, no.

De las precitadas categorías se entiende que la defensa penal de forma relativa sí utilizan la Constitución y la ley penal como herramientas a favor de los procesados en las AEPJ lo que ayudaría a que actúen con eficiencia y así se garantiza en cierta forma el derecho a la defensa.

Macro categoría: de las precitadas categorías se comprende que en las AEPJ, al resolver cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento que puedan afectar la validez del proceso, el desempeño de la defensa penal de los procesados es ineficiente porque no identifican bien este primer control o momento, no conocen de temas de prejudicialidad, no diferencian entre procedimiento y procedibilidad, lo que afecta el derecho constitucional a la defensa que tiene el procesado, se pasa por alto el derecho a las garantías del debido proceso, no se aplica el principio de igualdad, no conocen de materia procesal penal y constitucional. Cuando se analiza el dictamen acusatorio del fiscal, asimismo, el criterio mayoritario de los jueces es que la defensa no está preparada para este tipo de audiencias, es ineficiente porque desconocen de teoría del delito, no hacen una defensa de fondo, no analizan los elementos de convicción para objetarlos y generar la duda al juez, lo cual evita que se aplique el *in dubio pro reo*, lo que desembocaría en el llamamiento a juicio. En cuanto al anuncio de pruebas, petición de acuerdos probatorios y exclusión de pruebas, asimismo, de forma mayoritaria, se sostiene que existe un desempeño ineficiente, no hay propiamente una defensa de forma, por ejemplo, en lo que respecta a la exclusión de pruebas, no hay una defensa acorde con el principio establecido en el garantismo penal de Ferrajoli, no se dan las garantías básicas del derecho al debido proceso contemplado en la Constitución. Por consiguiente, para los jueces el desempeño de la defensa penal es INEFICIENTE.

Fiscales:

Primera pregunta: ¿Cree Ud. que los procesados reciben una adecuada defensa técnica de parte de la defensa penal en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio?; se agrupó las 8 respuestas en tres categorías:

- a) 2 fiscales sostienen que la defensa penal está preparada para este tipo de audiencias, tienen un buen desempeño;

b) 2 fiscales indican que es discutible su desempeño, a veces hacen una buena defensa técnica;

c) 4 fiscales manifiestan que la defensoría pública está más preparada que la defensa privada, porque éstos no conocen la materia penal, no revisan los casos, no tienen conocimiento en jurisprudencia, no analizan el caso e improvisan.

De lo mencionado se comprende que la defensa penal técnica de los procesados en las AEPJ, en general, y en atención a criterios referidos a utilización adecuada de herramientas como son los conocimientos en materia penal y constitucional, es eficiente. Pero se debe aclarar que la defensa pública está más preparada que la privada. En efecto, sobre esta, la mitad de fiscales sostienen que no es eficiente porque no conocen de materia penal, de jurisprudencia, no analizan los casos, e incluso improvisan; por tanto, no está acorde con el derecho constitucional a la defensa que tiene el procesado; y esta diferencia se debe, quizá, a que los defensores públicos tienen más capacitación, gracias a que dependen de una institución como la Defensoría Pública, la cual, además, se preocupa de organizarlos en áreas, en cambio, los abogados privados, sobre todo si se trata de clientes de escasos recursos económicos, e incluso de casos penales convencionales: hurtos, robos, de poca importancia, los subestiman y no se preparan adecuadamente.

Segunda pregunta: sobre cuál es la apreciación de los fiscales acerca del desempeño de la defensa penal de los procesados en dichas audiencias al momento de resolver cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento que puedan afectar la validez del proceso; se agrupó las 8 respuestas en tres categorías:

a) 2 fiscales manifiestan que algunos sí alegan prejudicialidad, competencia etc., incluso prueban la violación del derecho al debido proceso; a veces, se deja pasar ciertas cosas, pero, sí considera estos vicios;

b) 4 fiscales consideran que los defensores públicos tienen experiencia y conocimiento, estudian a fondo el caso, y en cambio, a los privados le falta preparación para realizar una buena defensa técnica y puedan distinguir los vicios, son pocos los que tienen claro cómo defender en estas audiencias;

c) 2 fiscales sostienen que la defensa penal es deficiente, porque tienen falencias, fundamentan en mala forma, acogen de la fiscalía todo lo relativo al debido proceso.

En base a las respuestas, categorías, se colige que la defensa penal técnica de los procesados en el Primer control de la AEPJ, en general, es poco eficiente, utilizan relativamente las herramientas requeridas para este tipo de audiencias como son los conocimientos en materia penal y constitucional. Pero se debe aclarar que la defensa pública está más preparada que la privada, y ello porque la mitad de fiscales consideran que esta no conocen de materia penal, de jurisprudencia, no analiza los casos, e incluso improvisa; es decir, no está acorde con el derecho constitucional a la defensa que tiene el procesado.

Tercera pregunta: acerca de cómo consideran los fiscales el desempeño de la defensa penal cuando se analiza el dictamen acusatorio del fiscal; se agrupó las 8 respuestas en dos categorías:

- a) 6 fiscales sostienen que los defensores analizan todo el dictamen de la fiscalía, tienen los conocimientos necesarios para realizar una adecuada audiencia, impugnan los elementos de convicción, hacen una buena defensa técnica;
- b) 2 fiscales manifiestan que los defensores no atacan los puntos principales, tocan temas que no son relevantes, exponen otros elementos que no van acordes al caso.

En esta parte se establece, en base a lo manifestado por la mayoría de fiscales, que la defensa penal es eficiente en este Segundo control de la AEPJ, esto es, se oponen al dictamen fiscal acusatorio, lo que significa que utilizan bien los conocimientos tales como la teoría del delito, las categorías dogmáticas, con miras a generar dudas en el juez y tratar de lograr el sobreseimiento.

Cuarta pregunta: acerca de qué piensan los fiscales sobre el desempeño de la defensa penal de los procesados al momento de anunciar, pedir acuerdos probatorios y excluir pruebas; se agrupó las 8 respuestas en 3 categorías:

- a) 2 fiscales indican que si tienen un buen desempeño, porque van preparados y analizan todos los datos de relevancia y lo presentan tal como dice el COIP
- b) 5 fiscales manifiestan que no utilizan ninguno de estos mecanismos, no realizan una buena defensa técnica respecto a los vicios, no hacen acuerdos probatorios, desconocen la exclusión de prueba;
- c) 1 fiscal manifiesta que la defensa pública es eficiente, y en cambio la privada no, porque no se preparan lo suficiente, no revisan el proceso, les falta preparación.

En esta parte, se advierte que la mayoría de fiscales sostienen que el desempeño es ineficiente respecto del Tercer control de esta audiencia, y esto porque desconocen sobre todo lo relacionado con los acuerdos probatorios, no fundamentan bien la petición de exclusión de pruebas lo que ocasiona que prácticamente la parte acusadora, la fiscalía, actúe con comodidad, esto es, logra que el juez le acepte las pruebas que le convenga para utilizarlas en la audiencia de juzgamiento, y lo que es peor, impidiendo que las pruebas a favor del procesado no sean aceptadas para la etapa siguiente, todo lo cual va en desmedro del garantismo penal.

Quinta pregunta: relativa a si creen que los defensores de los procesados tienen conocimientos jurídicos adecuados, se agrupó las respuestas en 4 categorías:

- a) 4 fiscales consideran que sí tienen suficientes conocimientos jurídicos;
- b) 1 fiscal dice que tienen medianos conocimientos;
- c) 3 fiscales indican que no lo tienen, les falta mucho por trabajar en eso;
- d) 1 fiscal manifiesta que hay abogados que sí tienen conocimientos y otros, no; no manejan bien el COIP, utilizan normas anteriores.

Se colige que la mayoría de fiscales consideran que la defensa penal de los procesados en este Tercer control sí tiene adecuados conocimientos jurídicos lo que le permitiría actuar con eficiencia dentro de las AEPJ y que se traduciría en una garantía del derecho de defensa de aquellos.

Macro categoría: se podría establecer de lo mencionado por los fiscales, y en atención a criterios relativos a utilización adecuada de herramientas como son los conocimientos en materia penal y constitucional, que el desempeño de la defensa penal de los procesados en las AEPJ es poco eficiente. Se aclara que la defensa pública está más preparada que la privada. Ahora, interpretando por separado los tres controles se tiene que en el Primero la defensa penal es poco eficiente, utilizan relativamente las herramientas ya mencionadas, no así en el Segundo control que sí utilizan bien las mismas de ahí que es eficiente; en cuanto al Tercer control, en cambio, es ineficiente porque desconocen lo relacionado con los acuerdos probatorios, no fundamentan bien la petición de exclusión de pruebas lo cual va en desmedro del garantismo penal.

Defensa penal:

Primera pregunta: ¿Cuál es su experiencia en litigación oral?; las 8 respuestas se las agrupó en tres categorías:

- a) 6 defensores manifiestan que se han capacitado en litigación oral, tienen experiencia;
- b) 1 defensor indica que tiene pocos meses en la materia.
- c) 1 defensor señala que ha hecho un curso de litigación oral en Washington Collage of Law, es profesor de la Universidad en derecho procesal penal, que le falta experiencia en exclusión probatoria.

De lo anterior, en su mayoría, la defensa penal de los procesados si se ha capacitado en litigación oral, lo cual es fundamental a la hora de actuar en las AEPJ, y que tiene mucho que ver con el principio de oralidad, columna vertebral del sistema adversarial acusatorio, todo lo cual les permitiría actuar con eficiencia y así garantizar el derecho de defensa de los procesados.

Segunda pregunta: sobre cómo preparan su defensa los abogados; se agrupó las 8 respuestas en 1 categoría:

- a) 8 defensores preparan su defensa revisando el expediente, entrevistan al procesado, hablan con peritos y testigos, o analizan si se cumplen los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal para atacar la imputación realizada por fiscalía, se preparan con base en la Constitución, el COIP y jurisprudencia, incluso presentan una teoría del caso.

Sin duda, de lo mencionado por los 8 defensores, de forma unánime, se desprende que son eficientes, entre otra cosas, porque obtienen información previa de los procesados, de los testigos y peritos con miras impugnar los alegatos de la parte contraria, de la acusación y más, todo lo cual compagina con la teoría del garantismo penal, ayuda a equilibrar a la parte débil con la fuerte en la AEPJ, a que se plasme el principio de igualdad.

Tercera pregunta: sobre qué piensan los defensores penales acerca de su desempeño en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio al momento de resolver cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento que puedan afectar la validez del proceso; se agrupó las 8 respuestas en 2 categorías:

a) 5 defensores penales consideran que se sienten capacitados, conocen en qué consiste la misma, saben alegar y tienen claro los vicios, los pelean, hacen que se respete el derecho del procesado;

b) 3 defensores sostienen que tienen poca experiencia en estas audiencias.

Se determina que la mayoría de abogados tienen un desempeño eficiente porque tienen conocimiento sobre el tema, con la defensa de forma buscan que se aplique las garantías del derecho al debido proceso. En cambio, la minoría es poco eficiente debido a su escasa experiencia.

Cuarta pregunta: acerca de cómo consideraran los defensores su desempeño en dichas audiencias cuando se analiza el dictamen acusatorio del fiscal; las 8 respuestas se las agrupó en 1 categoría:

a) 8 defensores de los procesados indican que su desempeño es bueno porque contradicen el dictamen de fiscalía, tienen conocimientos sobre los hechos, tienen preparación, refutan y desacreditan los elementos de convicción para conseguir un sobreseimiento, siempre están pendientes del dictamen.

De lo anterior se deduce, por unanimidad de los entrevistados, que el desempeño de la defensa penal de los procesados en este Segundo control es eficiente, aplican sobre todo el principio de contradicción que pregona Ferrajoli en su teoría del garantismo penal con lo cual se podría generar dudas al juez y de esta forma pueda aplicar el principio *in dubio pro reo* y conceder el sobreseimiento, principio que es válido tanto en la sentencia como en esta AEPJ.

Quinta pregunta: acerca de cómo valoran los defensores penales su desempeño al momento de anunciar, pedir acuerdos probatorios y excluir pruebas; las 8 respuestas se agruparon en 2 categorías:

a) 7 defensores manifiestan que sí anuncian, piden exclusión de pruebas conforme las reglas del derecho, tienen conocimientos jurídicos, tienen claro el tema, solicitan todos los medios probatorios útiles para la defensa y para la teoría del caso de darse una posible audiencia de juzgamiento;

b) 1 defensor sostiene que le hace falta conocimientos en acuerdos probatorios.

Se puede ver de las respuestas de la gran mayoría que el desempeño de la defensa penal de los procesados es eficiente porque conocen del tema, anuncian pruebas, piden la exclusión y más, lo que significa que su actuación está conforme a lo establecido en la constitución respecto del derecho constitucional de defensa del procesado. Uno sólo de los abogados considera que es poco eficiente su actuación en este momento.

Macro categoría: se puede colegir que, según la defensa penal, su desempeño a favor de los procesados es eficiente en los tres controles de la AEPJ porque se han capacitado en litigación oral, obtienen información previa de los procesados, de los testigos y peritos con miras a impugnar los alegatos de la acusación, con miras a plasmar el principio de igualdad, con la defensa de forma buscan que se aplique las garantías del derecho al debido proceso, con la defensa de fondo aplican el principio de contradicción con lo cual se podría generar dudas al juez y de esta forma pueda aplicar el principio *in dubio pro reo* y conceder el sobreseimiento, además, anuncian pruebas, piden la exclusión, por tanto, estarían en concordancia con lo que pregona Ferrajoli en su teoría del garantismo penal.

Procesados:

Primera pregunta: ¿Su abogado defensor le ha explicado en qué consistió la audiencia a la que Ud. acaba de asistir?; las 8 respuestas se las agrupó en 2 categorías:

a) 6 procesados manifiestan que si les han explicado en qué consiste la audiencia;

b) 2 procesados indican que no se les ha explicado.

Se observa que la mayoría los defensores penales sí les explican en qué consiste la AEPJ; claro que la minoría señala que no, siendo esto último un reflejo de que no se cumple en su totalidad con lo que establece el Arts. 76.7, b y 77.7. a, de la CRE que se refiere a las garantías básicas del derecho al debido proceso, en concreto a que el procesado debe contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, en este caso el procesado debe obligatoriamente conocer en qué fase del proceso se encuentra, ser informado del procedimiento que se sigue en su contra.

Segunda pregunta: sobre si creen los procesados que sus abogados se prepararon para defenderlos en su caso; se agrupó las 8 respuestas en 2 categorías:

- a) 6 procesados manifiestan que sus abogados sí se prepararon para defenderlos, incluso uno de ellos agrega que se había proveído de los papeles.
- b) 2 procesados indican que sus abogados no se prepararon.

En este punto cabe señalar que, de forma mayoritaria, los procesados indican que sus abogados sí se prepararon para defenderlos en la AEPJ, lo que significa que hubo eficiencia, claro que esta no garantiza el objetivo del procesado que podría ser obtener el sobreseimiento. En cambio, una minoría indica que no se prepararon lo que equivale a ineficiencia, con lo cual se entiende que no se ha garantizado el derecho constitucional de defensa, no va conforme a la teoría del garantismo penal, el procesado se ve nuevamente inmerso en una situación de desventaja frente a la acusación.

Tercera pregunta: respecto de cómo consideran los procesados la actuación de sus defensores en dicha audiencia; se agrupó las 8 respuestas en 3 categorías:

- a) 4 procesados señalaron que la actuación de sus abogados defensores fue buena, profesional;
- b) 2 procesados indicaron que la actuación fue más o menos;
- c) 2 procesados manifestaron que el desempeño de sus abogados fue malo.

Sobre esta parte, 4 procesados consideran eficiente el desempeño de sus abogados, 2 poco eficiente y 2 ineficientes, lo que se interpretaría que se cumple en su mayor parte con los postulados teóricos del garantismo penal de Ferrajoli.

Cuarta pregunta: respecto de si creen los procesados que se logró el objetivo que deseaban; las 8 respuestas se las agrupó en 2 categorías:

- a) 3 procesados indican que sí se logró su objetivo, incluso uno de ellos agrega que su abogado lo sacó de la cárcel.

b) 5 procesados, en cambio, señalan que no se logró su objetivo, uno de ellos agrega que esperaba más de su abogado.

De lo mencionado, se interpreta que en su mayoría los abogados son ineficientes, esto es, no cumplieron con el objetivo de los 5 procesados, objetivo que en relación a la AEPJ sería el de que se respete el derecho al debido proceso, obtener el sobreseimiento, obtener la libertad, en caso de estar con prisión preventiva, lo cual no es acorde a los postulados que pregona el garantismo penal en el sentido de que los procesados son la parte débil del proceso y se les debe garantizar sus derechos constitucionales, su dignidad, pues es la que soporta el peso del poder punitivo del Estado.

Macro categoría: de acuerdo a los procesados la defensa penal de éstos sí se preparó para defenderlos en la AEPJ; no obstante, cuando se refiere a las aspiraciones que tenían los procesados, en especial de que se obtenga el sobreseimiento a su favor, esto es, que sean eficaces, se establece que esto no se cumplió, esperaban más de sus abogados, por consiguiente, se podría considerar, en general, que el desempeño de la defensa penal ha sido poco eficiente.

Triangulación: de las precitadas macro categorías se comprende que, según los jueces, el desempeño de la defensa penal de los procesados en las AEPJ es ineficiente por las razones ya mencionadas *supra* lo cual afecta el derecho constitucional a la defensa que tiene el procesado, se pasa por alto el derecho a las garantías del debido proceso, no se aplica el principio de igualdad, no hacen una defensa de forma ni de fondo, no hay una defensa acorde con el principio establecido en el garantismo penal de Ferrajoli conocido como de defensa o de la refutación³⁵². En cambio, según los fiscales la precitada audiencia es poco eficiente lo cual también va en desmedro del garantismo penal. Según el criterio de la defensa penal su desempeño es eficiente, plasman el principio de igualdad, aplican una buena defensa de forma y de fondo, estarían en concordancia con lo que pregona Ferrajoli en su teoría del garantismo penal; sin embargo, se debe considerar que la información entregada por los abogados

³⁵² Vid. Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 93.

en su entrevista es muy subjetiva, con lo cual no se puede afirmar que todo lo que dicen es verdadero; quizá, al ser ellos mismos a quienes se refiere la investigación las respuestas podrían ser parcializadas. En cuanto a los procesados, la defensa penal de éstos fue poco eficiente, claro que sus respuestas son breves y muy subjetivas, pues, desconocen del derecho, no tienen una apreciación muy certera del estado de su causas, además, psicológicamente están afectados. Por tanto, para asegurar la fiabilidad de esta información fue necesario realizar las entrevistas a los 4 actores procesales ya mencionados.

Total: de lo anterior se establece que el desempeño de la defensa penal de los procesados en las AEPJ es POCO EFICIENTE. Cabe recalcar que del análisis de la entrevistas se ha podido también determinar que la poca eficiencia es porque ha habido falta de adecuados conocimientos en materia penal y constitucional de la defensa penal de los procesados.

Gran total: si consideramos los resultados obtenidos tanto de las fichas de observación de las actas de las AEPJ como de las entrevistas, se obtiene como respuesta que la medida del desempeño de la defensa penal de los procesados en lo cuantitativo es del 55,60% (rango poco eficiente), y en lo cualitativo, también, poco eficiente.

Conclusiones

1.-) Se concluye que, gracias a la implementación del sistema acusatorio, que se ha visto fortalecido con el COIP, la defensa penal ha cobrado un papel importante en el proceso penal, pues, es una institución jurídica, un verdadero sujeto procesal, que se consolida cada vez más gracias al principio acusatorio: separación del juez con la acusación, lo que significa que toma fuerza con la presencia de éstas. Así pues, gracias a esta garantía procesal (acusación), fundamental dentro del garantismo penal de Ferrajoli, funciona el proceso penal triangular: acusador, defensor y juez. Pero se debe aclarar que el sistema acusatorio en parte es garantista, sobre todo respecto de las garantías y principios: prohibición de autoincriminación, mínima intervención penal, proporcionalidad de delitos y penas, bien jurídico protegido (lesividad), protección de los derechos de las personas privadas de libertad, rehabilitación integral, y en otra, no va más hacia el punitivismo: procedimiento abreviado, técnicas especiales de investigación (agente encubierto), prohibición de sustituir la prisión preventiva cuando el delito es sancionado con pena privativa de libertad superior a cinco años, o las actuaciones de la fiscalía en la investigación previa, esta última que prácticamente es el reflejo del sistema inquisitivo respecto de la actuación de la fiscalía.

2.-) Se determina que el derecho de defensa penal está contemplado en la Constitución y en la ley penal, pues, es un reflejo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, forma parte de las garantías relativas al debido proceso y doctrinariamente está influenciado por el garantismo penal. Con esta garantía, que busca que el procesado no sea privado del derecho a la defensa en ninguna etapa del procedimiento, que aspira a que cuente con un abogado de su elección, o de un defensor público, que cuente con tiempo suficiente para preparar la defensa y ser escuchado oportunamente, todo lo cual se aplica en la AEPJ se busca tutelar los derechos fundamentales del procesado, su dignidad y sobre todo minimizar, en la medida de lo posible, los efectos negativos del poder represivo del Estado.

3.-) Sobre la AEPJ, se concluye que la oralidad se utiliza de forma adecuada en el desarrollo de sus tres controles: evaluación del cumplimiento del debido proceso: prejudicialidad, competencia, procedibilidad y procedimiento; evaluación del

dictamen fiscal acusatorio: alegaciones de los defensores penales sobre que los hechos no constituyen delito, sobre que los elementos de convicción que sirvieron de acusación a la fiscalía no fueron suficientes para que se pueda presumir la existencia del delito o participación del procesado, y sobre la existencia de alguna causa de exclusión de la antijuridicidad; y preparación del juicio: anuncio de pruebas, exclusión de estas, acuerdos probatorios, a lo que hay que agregar lo relacionado con sus respuestas: nulidades, sobreseimiento o llamamiento a juicio, y aceptación o negación de pruebas, respectivamente, controles que tienen mucha relación con la materia penal (teoría del delito) y procesal penal y constitucional. Asimismo, se determina que la defensa de forma sobre todo se relaciona con el precitado Primer y Tercer control de la AEPJ, y en cambio, la de fondo con el Segundo control.

4.-) Asimismo, se concluye que el modelo planteado por Ferrajoli respecto del derecho penal está presente en las AEPJ como una forma de garantizar el derecho de defensa del procesado. En efecto, esta audiencia se impulsa con principios elementales como son el jurisdiccionalidad (juicio), acusatorio (separación entre juez y acusación), de la carga de la prueba, de contradicción del que se sirve la defensa penal, garantías procesales que sirven de medio para aplicar las garantías penales tales como delito, ley, necesidad, ofensa o lesividad, acción y culpabilidad, y que buscan deslegitimar el ejercicio absoluto de la potestad punitiva del Estado, limitantes, que tienen relación sobre todo con la evaluación del dictamen fiscal acusatorio, que al final, en caso de no haber presunciones relativas a la existencia de la infracción y de la responsabilidad penal del acusado, se lo puede sobreseer, o, en su defecto, llamar a juicio al acusado. Así pues, la importancia de esta etapa intermedia radica en el hecho de que todo lo que ahí se discute, debate, etc. está relacionado con la necesidad de que se prosiga o no con la persecución penal en un tribunal penal, y en el caso del acusado evitar que se le lleve a la audiencia de juzgamiento.

5.-) Si relacionamos los resultados obtenidos con el problema principal motivo de esta investigación cuya descripción se refería a que las actuaciones de la defensa penal de los procesados en las AEPJ en la Unidad Judicial Penal de Ñaquito (trimestre enero-marzo 2018) no era adecuada debido a la falta de capacitación en materia penal y constitucional, vemos que se asemejan de forma relativa respecto de la poca eficiencia en su desempeño, sobre todo porque los procesados son llamados a juicio

por parte del Juez de garantías penales sin mayor análisis jurídico, lo cual va contra el derecho constitucional a la defensa, contra los postulados de la teoría del garantismo penal propugnada por Luigi Ferrajoli que busca tutelar los derechos fundamentales, la defensa del más débil a través de la igualdad de armas, la dignidad de los procesados, la garantía de su libertad mediante el respeto de su verdad.

6.-) En cuanto a la conclusión relacionada con la pregunta central, dentro de la investigación realizada, esto es, ¿en qué medida la defensa penal de los procesados ha sido eficiente en las audiencias de evaluación y preparatoria de juicio en la Unidad Judicial Penal de Ñaquito durante el trimestre enero-marzo del 2018?, se obtiene como respuesta que, cuantitativamente, lo es en un 55,60% (poco eficiente), y en lo cualitativo, también, que es poco eficiente, porque no tienen adecuados conocimientos en materia penal y constitucional, por tanto, se concluye que no está acorde con el garantismo penal, conforme ya se analizó en párrafos anteriores.

7.-) Asimismo, al contrastar y verificar esta respuesta con mi hipótesis, que se refiere a que el desempeño de la defensa penal de los procesados en las precitadas audiencias y durante el mencionado período ha sido ineficiente, relativamente se la verifica; pues, según los resultados es poco eficiente, y, además, se la complementa en el sentido de que se debe a los pocos conocimientos en materia penal y constitucional. Además, si inicialmente mi hipótesis proponía que el desempeño es ineficiente, conforme los datos obtenidos y sus resultados, al verificarse que esto no es así, puesto que es poco eficiente, se diría que mi hipótesis no es verdadera en su totalidad, pues, no se ha comprobado lo antes mencionado.

8.-) Respecto de la teoría del garantismo penal de Ferrajoli, vale señalar que aún falta para que el procesado tenga igualdad de oportunidades con la acusación, pues, pocos defensores penales aplican los postulados relacionados con el derecho constitucional de defensa que tienen los procesados, con el debido proceso, con los principios procesales penales, en especial el de contradicción que es clave para equilibrar la defensa penal en los procesos en donde el poder punitivo del Estado siempre busca imponerse.

9.-) De lo anterior, se puede establecer también que la defensa penal de los procesados es poco eficiente debido a que no diferencian adecuadamente la defensa de

forma con la de fondo; confunden los tres controles o momentos por los que atraviesa la AEPJ, pues, sucede que cuando se evalúa el cumplimiento del debido proceso: prejudicialidad, competencia, procedibilidad y procedimiento, los abogados, por ej., tocan cuestiones relacionadas con la teoría del delito, la cual sirve para el segundo control; incluso, dentro de un mismo control no distinguen entre un requisito de procedibilidad con uno de procedimiento.

Recomendaciones:

10.-) La defensa penal, constituida tanto por la pública como por la privada, a través de la Defensoría pública y los Colegios de abogados del país deberían, de forma constante e incluso obligatoria, capacitar y examinar a los integrantes nuevos que entran a desempeñarse como defensores públicos y a ejercer la profesión respectivamente, tanto en derecho constitucional como en otras materias del derecho, de tal forma que quienes opten por el área penal, y previo su aprobación, sean autorizados para ejercer la profesión en esa área, algo así como ocurre con los médicos que tienen sus reglamentos en el que uno general no podría realizar cirugías relacionadas con el corazón. Incluso, a nivel de abogados privados, que el Consejo de la Judicatura, los Colegios de abogados y entidades relacionadas, exijan más requisitos para permitirles ejercer la profesión. También, que la SENESCYT, las facultades de derecho del país tomen en cuenta esta realidad y se propongan mejorar los planes de estudio, incluso exigir más requisitos para que obtengan el título de abogado.

11.-) Debe existir honestidad de parte de los abogados a la hora de aceptar defender a un ciudadano en tal o cual causa, esto es, si el futuro cliente requiere ser asesorado en materia penal, y si el abogado no tiene experiencia en esta área, debe ser honesto y no tomar la causa, pues, las consecuencias son negativas; quizá, motivados por la fama o el dinero, no se dan cuenta los abogados del daño que les ocasionan a los procesados.

12.-) La defensa penal del procesado debe tener claro que su actuación no sólo viene desde la etapa de instrucción fiscal, sino desde antes, esto es, en la fase de investigación (incluso cuando a un ciudadano se le quiera hacer una “entrevista”, como suele decir la policía), pues la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos así lo establecen. El derecho de defensa no sólo nace con la imputación sino también antes de que se abra un proceso penal.

13.-) Los abogados deben atender las causas de forma organizada, acorde con el tiempo del que van a disponer; es decir, no deberían defender varias causas penales al mismo tiempo, sobre todo si son complejas, si están relacionadas con delitos financieros, tributarios, cuyos expedientes son voluminosos, los peritajes bien complejos; pues, su preparación no sería adecuada, lo que generaría una defensa ineficiente.

14.-) Los defensores de los procesados, deben tomar conciencia de que lo que realizan a favor de sus defendidos está relacionado con la prestación de un servicio al usuario, al igual que lo hacen otros profesionales, por ej., los ingenieros eléctricos que realizan instalaciones en los edificios; por tanto, deben brindar una de calidad, deben enfocarse en la satisfacción del cliente, satisfacer las necesidades y requerimientos del procesado-usuario.

15.-) La defensa penal debe buscar cada cierto período autoevaluarse respecto de su desempeño, sobre todo en el caso de los abogados privados (los públicos son evaluados por la Defensoría Pública), y ello con el afán de corregir sus errores, mejorar sus actuaciones en las audiencias, en suma, lograr ser eficientes.

16.-) En caso de que se produjera una defensa ineficaz o poco eficiente, como propuesta de reforma legal que garantice una posterior defensa penal eficiente a los procesados, parte débil del proceso, *lege ferenda*, la Asamblea Nacional podría incorporar al COIP algún recurso específico a favor del perjudicado a fin de que se revise su caso desde el momento en que se le perjudicó por la defensa ineficiente. Claro que esto se daría cuando ya ha avanzado el proceso a etapas superiores, puesto que en caso de detectarse a tiempo esa mala defensa, el juez o tribunal puede declarar, por ejemplo, la nulidad, a consecuencia de que se ha detectado una vulneración al derecho constitucional a la defensa.

17.-) La etapa de evaluación y preparatoria de juicio debería llamarse etapa intermedia, y la audiencia preparatoria que se realiza en aquella debería llamarse de evaluación y preparatoria del juicio, pues, en la práctica, es en esta donde propiamente se evalúa el cumplimiento del debido proceso, el dictamen fiscal acusatorio, y luego se prepara el juicio con el anuncio de pruebas, su exclusión y acuerdos probatorios.

18.-) Si se considera que la etapa de evaluación y preparatoria de juicio se apoya en la acusación fiscal, por tanto, también su audiencia, qué pasa cuando, a pocas horas de su instalación, fiscalía envía un dictamen abstentivo a favor del procesado, dictamen que, por cierto, es escrito y no oral (vulnera el principio de oralidad, no

permite que las partes puedan contradecirla ni debatirla), pues, que la audiencia ya no se realiza, lo que ha provocado que se haya desperdiciado ese espacio y tiempo que podría haber sido ocupado en otras actividades judiciales. Así pues, debe haber una reforma en el COIP en el sentido de que en esta etapa el fiscal pueda presentar no sólo la acusación sino también su dictamen abstentivo, con lo cual se garantiza incluso que este dictamen cumpla con los principios de oralidad y contradicción.

Bibliografía

- Abalos, Raúl Washington. Derecho Procesal Penal T. II. Mendoza: Ediciones jurídicas Cuyo, 2001.
- Abarca Galeas, Luis Humberto. *La defensa penal oral, T. II, Los medios de defensa oral*. Quito: Edit. Editorial Jurídica del Ecuador, 2006.
- _____. *La defensa penal oral, T. IV, Los medios de defensa formal orales y los medios de prueba orales*. Quito: Edit. Editorial Jurídica del Ecuador, 2006.
- _____. *La defensa penal oral Tomo V, El ejercicio del derecho a ser oído en el proceso penal acusatorio como medio de defensa oral y de prueba oral a favor del acusado*. Quito: Edit. Jurídica del Ecuador, 2006.
- Álvarez del Cuvillo, Antonio. *Apuntes de Derecho Procesal Laboral*. <https://rodin.uca.es/xmlui/bitstream/handle/10498/6871/Procesal4.pdf?sequence>.
- Alexy, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993.
- Aponte Cardona, Alejandro. *Guerra y derecho penal de enemigo: reflexión crítica sobre el eficientismo penal*. Bogotá: Edit. Ibáñez, 2006.
- Argentina CSJN, “S.62.XL.Schenone, Carlos”. En *Causa No. 1423*. 2006. <https://www.google.com/search?q=caso+Schenone%2C+Carlos%2C+Causa+No.+1423%2C+2006.+&ie=utf-8&oe=utf-8&client=firefox-b-ab>.
- Arocena, Gustavo. *Interpretación gramatical de la ley penal*. Córdoba: Edit. Advocatus, 2003.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. *Sobre principios y reglas*. Edición digital a partir de Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 10 (1991). <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>
- Ávila Santamaría, Ramiro. *Los derechos y sus garantías. Ensayos críticos*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, CEDEC, 2012.
- _____. *La (in)justicia penal en la democracia constitucional de derechos. Una mirada desde el garantismo penal*. Quito: Ediciones legales EDLE S.A., 2013.
- _____. “El código Integral Penal (COIP) y su potencial aplicación garantista”. En Ramiro Ávila, compilador, Código Orgánico Integral Penal. Hacia su mejor

- comprensión y aplicación. Serie Estudios Jurídicos, n° 37. Quito: Corporación Editora Nacional, 2015.
- Barrios González, Boris. *La defensa penal*. 2011. <https://borisbarriosgonzalez.files.wordpress.com/2011/08/la-defensa-penal-boris-barrios-gonzalez.pdf>.
- Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas*. Barcelona: Ediciones Orbis, S.A., 1984.
- Benavides Montenegro, Julio. “La calidad de la defensa técnica penal pública ecuatoriana”. Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2012. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/3309/1/T1227-MDE-Benavides-La%20calidad.pdf>.
- Bentham, Jeremías. De l’organisation judiciaire et de la codification.cop XIX, en Ocbres, Vol. III, (1791). En Luigi Ferrajoli, “Garantismo y defensa penal o sobre la defensa pública”, *Revista das Defensorias Públicas do Mercosul*. http://www.dpu.def.br/images/stories/arquivos/ass_internacional/redpo/n1/1-garantismo-y-defensa-penal.pdf.
- Bernal Acevedo, Gloria Lucia. *Derecho Penal General. Concepto, Justificación, límites y esquemas del delito*. Bogotá: Edit. Ibáñez, 2016.
- Bettioli, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal y penal*. Barcelona: Edit. Bosch, 1977.
- Binder, Alberto, Ed Cape, Zara Namoradze. *Defensa penal efectiva en América latina*. Bogotá: Ediciones Antropos Ltda., 2015.
- Bravo Peralta, M. Virgilio. “Criterios de interpretación del poder judicial federal en México”. En M. Virgilio Bravo Peralta y Alfredo Islas Colín, coordinadores, *Argumentación e interpretación jurídica para los juicios orales y la protección de derechos humanos*. México: Edit. Porrúa, 2012.
- Cabanellas, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, T. IV, T. VI*. Buenos Aires: Edit. Heliastra .S. R. L., 2003.
- Calamandrei, Piero. “Il proceso como gioco”, *Rivista di diritto processuale*, vol. 5, parte I, Cedam, Padua , 1950. En Pedro Javier Granja, *Ausencia de Defensa Técnica: Causal de Nulidad Procesal*. En Derechoecuador.com, 2016, en <https://www.derechoecuador.com/ausencia-de-defensa-tecnica-causal-de-nulidad-procesal>.

- Carbonell, Miguel, Coord. *Diccionario de Derecho Constitucional. T. I y II*. México: Edit. Porrúa, 2009.
- Cárdenas Rioseco, Raúl. *El derecho de defensa en materia penal, su reconocimiento constitucional internacional y procesal*. México: Edit. Porrúa, 2009.
- Carnelutti, Francesco. *Derecho procesal penal, Vol. 2*. México, D.F.: Oxford University Press México S.A. de C.V., 2002.
- Carocca Perez, Alex. *Manual el Nuevo sistema procesal penal*. Chile: Edit. Lexis Nexis, 2005.
- Carrara, Francesco. *Programa de derecho criminal, parte general, T. II*. Bogotá: Edit. Temis, 1973.
- Fernández Carrasquilla, Juan. *Derecho Penal Parte General. Principios y categorías dogmáticas*. Bogotá: Edit. Ibáñez, 2011.
- Cerda Gutiérrez, Hugo. *Los elementos de la investigación, cómo reconocerlos, diseñarlos y construirlos*. Bogotá: Edit. El Búho, Ltda., 1995.
- Ceruti, Raúl A. *Criminología de la inocencia*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 2005.
- Chiavenato, Idalberto. "Administración de recursos humanos". En Willebaldo Roura. *Eficacia y eficiencia, Auditoool*. <https://www.auditoool.org/blog/control-interno/824-eficacia-y-eficiencia>
- Clariá Olmedo, Jorge. *Derecho Procesal penal T.I*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998.
- _____. *Tratado de derecho procesal penal, T. IV*. Buenos Aires: Edit. Ediar, 1964.
- Clemente, José Luis. *Código Procesal penal de la Provincia de Córdoba. Comentado. Anotado. Concordancias. Jurisprudencia. Modelos*. Córdoba: Edit. Lerner, 1998.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. "Sentencia de 07 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)". *Caso Tibi Vs. Ecuador*. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf.
- Cortés Domínguez, V. *Derecho Procesal Penal*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2005.
- Cuadernos de jurisprudencia penal 2*. Corte Nacional de Justicia. Quito: Edit. CNJ, 2014.
- Creus, Carlos. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Edit. Astrea, 1996.

- Declaración de Derechos de Virginia de 12 de junio de 1776*. Derechos Humanos. Blog sobre Sociedad y derecho, Tendencias 21, 2009. https://www.tendencias21.net/derecho/Declaracion-de-Derechos-de-Virginia-de-12-de-junio-1776_a107.html
- Diccionario de la lengua española, RAE*. <https://dle.rae.es/?id=EOjKmr1>.
- Del Río Labarthe, Gonzalo. *La etapa intermedia en el nuevo proceso penal acusatorio*. Lima: Edit. Ara Editores, 2010.
- Dworkin, Ronald. *¿Es el Derecho un sistema de normas?* <https://es.slideshare.net/RichardElric/dworkin-1980-es-el-derecho-un-sistema-de-normas>
- Echandía, Hernando Devis. *Principios fundamentales del derecho procesal penal*. Bogotá: Edit. Ibáñez, 2012.
- _____. *Teoría General de la Prueba*. Bogotá: Edit. Temis S.A., 2012.
- Ecuador. *Código de procedimiento penal*. Registro Oficial Suplemento 360, 13 enero 2000.
- Ecuador. *Código de Procedimiento Penal*. Registro Oficial 511, 10 junio 1983.
- Ecuador. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No.449, 20 octubre 2008.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial No. 544, 9 Marzo 2009.
- Ecuador, *Código Orgánico General de Procesos*. R. O. No. 506, 22-V-2015.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial No. 180, 10 febrero 2014.
- Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, CCE. “Sentencia No. 025-17-SEP-CC”. En *Caso N.º 1361-13-EP*. 25 enero 2017. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/025-17-SEP-CC.pdf>.
- _____. “Sentencia No. 010-16-SEP-CC”. En *Caso N.º 1718-11-EP*. 13 enero 2016. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencias/relatoria/relatoria/fichas/010-16-SEP-CC.pdf>.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito. “Sentencia”. En *juicio cohecho, No. 0691-2015-HPA*. 22 de diciembre del 2015. <http://consultas.funcionjudicial.gob.ec/informacionjudicial/public/informacion.jsf>.

- Edwards, Carlos Enrique. *Garantías Constitucionales en materia penal*. Buenos Aires: Edit. Astrea, 1996.
- Ferrajoli, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Edit Trotta, 2014.
- _____. "La desigualdad ante la justicia penal y la garantía de la defensa pública". En *Defensa Pública: Garantía de acceso a la justicia*. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29271.pdf>.
- _____. *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*. México: CNDH, 2006.
- Ferrer Beltrán, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2007.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
- Fondo Justicia y Sociedad, USAID, Fundación Esquel. *Modelo integral de defensa penal*. Quito: Edit. Fraga, 2005.
- García Falconí, Ramiro J. *Código Orgánico Integral Penal comentado, Tomo I, Arts. 1 al 78*. Lima: Ara Editores E.I.R.L., 2014.
- Gimeno Sendra, Vicente. "El derecho de defensa en España". En Edgardo Alberto Donna, director, *Revista de Derecho Procesal Penal*. Santa Fe: Edit. Rubinzal-Culzoni, 2010.
- _____. *Introducción al derecho procesal*. Madrid: Edit Colex, 2009.
- Goessel, Karl Heinz. *El defensor en el proceso penal*. Bogotá: Edit. Temis, S.A. 1989.
- González Álvarez, Daniel. "La oralidad como facilitadora de los fines, principios y garantías del proceso penal". Conferencia de Seminario Internacional sobre Oralidad, Santiago, 1995. En Simón Valdivieso, *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal COIP*. Cuenca: Edit. Ediciones jurídicas Carpol, 2017.
- González, Joaquín. *Manual de la Constitución Argentina*. Buenos Aires: Edit. Estrada, 1983.
- González Navarro, Antonio Luis. *Sistema de juzgamiento penal acusatorio*. Bogotá: Edit. Leyer, 2005.
- Grijalva Jiménez, Agustín. *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, CEDEC, 2011.
- Guerrero Peralta, Oscar. *Fundamentos teórico constitucionales del nuevo proceso penal*. Bogotá: Edit. Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005.

- Instituto Iberoamericano de derecho procesal. *Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica*. 1989.
http://www.iibdp.org/images/codigos_modelo/IIDP_Codigo_Procesal_Penal_Modelo_Iberoamerica.pdf.
- Islas Colín, Alfredo. *Juicios orales en México. T.I.* México: Flores editor y distribuidor, 2011.
- Jauchen, Eduardo M. *Derechos del imputado*. Santa fe: Edit. Rubinzal-Culzoni, 2005.
 _____. *Tratado de la prueba penal en el sistema acusatorio adversarial*. Buenos Aires, Edit. Rubinsal Culzoni, 2017.
- Landero, Eglá Cornelio. “De regulis juris, De la interpretación judicial en la jurisprudencia”. En M. Virgilio Bravo Peralta y Alfredo Islas Colín, coordinadores, *Argumentación e interpretación jurídica para los juicios orales y la protección de derechos humanos*. México: Edit. Porrúa, 2012.
- Luzón Peña, Diego-Manuel. *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Edit. Universitas, 2004.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal T. I. Fundamentos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
 _____. *Derecho Procesal Penal T. II. Parte general, sujetos procesales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.
- Manzini, Vincenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Edit. Ejea, 1951.
- Martínez Garnelo, Jesús. *Derecho Procesal Penal en el Sistema Acusatorio y su Fase Procedimental Oral (Mitos, Falacias y Realidades)*. México: Edit. Porrúa, 2013.
- Mir Puig, Santiago. *Derecho penal Parte general*. Montevideo: Edit. de F, 2005.
- Moreno Cruz, Rodolfo. “El modelo garantista de Luigi Ferrajoli. Lineamientos generales”. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 26 de marzo del 2007.
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3936/4978>.
- Muñoz Conde, Francisco y García Arán, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Edit. Tirant lo Blanch, 2010.
- Navarro, Lenin. *Introducción al Derecho (texto-guía) UTPL*. Loja: Edit. UTPL, 2018.

- Nieva Fenoll, Jordi. *La duda en el proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A., 2013.
- Oronoz Santana, Carlos M. *Tratado del juicio oral*. México D.F. Edit. Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas S.A., 2009.
- Pásara, Luis. *El uso de los Instrumentos internacionales de Derechos Humanos en la administración de justicia*. Quito: Edit. Ministerio de Justicia Derechos Humanos y Cultos, 2012.
- Pava Lugo, Mauricio. *La defensa en el sistema acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales, 2009.
- Pérez, Eric Lorenzo. *Los fundamentos de la defensa penal. Una guía para enfrentar la práctica penal y el desarrollo científico del abogado penalista*. Bogotá: Edit. Temis S.A., 2012.
- Ragín, Charles C. *La construcción de la investigación social. Introducción a los métodos y su diversidad*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2007.
- Ramírez Romero, Carlos, ed. *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley. Materias penales*. Corte Nacional de Justicia. Quito: Edit. CNJ, 2017.
- Rifá Soler, José María, González, Manuel Richard y Riaño Brun, Iñaki. *Derecho Procesal Penal*. Pamplona: Edit. Fondo de Publicaciones del Gobierno de Navarra, 2006.
- Roxin, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.
- Ruiz Jaramillo, Luis Bernardo. "Derecho a la prueba como un Derecho Fundamental", *El derecho constitucional a la prueba, análisis de la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia*, Revista Estudios de derecho, Universidad de Antioquia, 2007, en <https://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red/article/download/2552/2076>.
- San Martín Castro, C. *Derecho Procesal Penal*. Lima: Edit. Grijley, 2002.
- Sanz Burgos, Raúl, coord. *Teoría del derecho*. UNED, 2015. <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-12-otros-conceptos-juridicos-fundamentales>
- Savigny. *Teoría del Derecho*. UNED, 2015. <http://ocw.innova.uned.es/ocwuniversia/teoria-del-derecho/teoria-del-derecho/resumenes-1/tema-12-otros-conceptos-juridicos-fundamentales>.

- Solís Espinoza, Alejandro. *Metodología de la investigación jurídico social*. Lima: Editores B y B, 2001.
- Talavera Elguera, P. *La Prueba en el Nuevo Proceso Penal*. Lima: AMAG, 2009.
- Vaca Andrade, Ricardo. *Derecho procesal penal ecuatoriano según el Código Orgánico Integral Penal*. Quito: Ediciones legales EDLE S.A., 2014.
- _____. *Manual de derecho procesal penal*. Quito: Edit. Corporación de estudios y publicaciones, 2009.
- Valdivieso, Simón. *Los procesos penales. Los procedimientos en el Código Orgánico Integral Penal COIP*. Cuenca: Edit. Ediciones jurídicas Carpol, 2017.
- Villanueva Meza, Javier Antonio. *El Principio de oportunidad Justicia Restaurativa, transicional y transaccional –mediación penal y conciliación civil- en el Sistema penal acusatorio*. Medellín: Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2011.
- Villoro, Miguel. *Introducción al Estudio del Derecho*. México D.F. Edit. Porrúa, 2015.
- Yacobucci, Guillermo. “Interpretación constitucional y legalidad penal”. En Juan Cianciardo, coordinador, *La interpretación en la era del neoconstitucionalismo. Una aproximación interdisciplinaria*. Buenos Aires: Edit. Ábaco de Rodolfo Depalma, 2006.
- Yuni, Alberto, José y Claudio Ariel urbano. *Técnicas para investigar. Recursos metodológicos para la preparación de proyectos de investigación, Vol. 1*. Córdoba: Edit. Brujas, 2006.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro. *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Edit. Ediar, 2005.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dicitil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Edit. Trotta, S.A., 2009.
- Zambrano Pasquel, Alfonso. *Estudio introductorio al Código Orgánico Integral Penal, referido al Libro Segundo, Código de Procedimiento Penal, T III*. Quito: Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones CEP, 2013.
- Zavala Baquerizo, Jorge. *El proceso penal, T.I*. Bogotá: Edit. Edino, 1989.
- _____. *Tratado de derecho procesal penal, T. VII*. Guayaquil: Edit. Edino, 2006.
- Zavala Egas, Jorge. *Teoría y práctica penal Caso “Odebrecht” Audiencia Evaluatoria de dictamen y preparatoria de juicio, T.I*. Guayaquil: Edit. Murillo Editores, 2017.