

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

**El principio de igualdad de armas en la práctica de diligencias
investigativas conferidas al fiscal**

Un análisis crítico a la persecución del delito

Freddy David Rosales Aranda

Tutor: Christian Rolando Masapanta Gallegos

Quito, 2024

Trabajo almacenado en el Repositorio Institucional UASB-DIGITAL con licencia Creative Commons 4.0 Internacional

	Reconocimiento de créditos de la obra No comercial Sin obras derivadas	
---	---	---

Para usar esta obra, deben respetarse los términos de esta licencia

Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Freddy David Rosales Aranda, autor de la tesis intitulada “El principio de igualdad de armas en la práctica de diligencias investigativas conferidas al fiscal. Un análisis crítico a la persecución del delito”, 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 Magíster en Investigación en Derecho 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.

22 de marzo de 2024

Firma: _____

Resumen

La presente investigación se inscribe en el análisis del principio de igualdad de armas en el proceso penal. Se parte de los presupuestos teóricos de la igualdad, como principio básico todo proceso penal que se corresponde con un derecho más amplio como lo es el debido proceso. De esta manera se hace un análisis teórico y deductivo que nos permite ir desde los presupuestos generales a los particulares, así como de las normas que garantizan la efectivización del derecho a la igualdad de armas. Más adelante se evalúan las actuaciones y las facultades conferidas al agente fiscal en su labor investigativa, para poder determinar la culpabilidad de hechos penalmente relevantes.

El estudio se centra en analizar si existe o no una igualdad de armas en el proceso penal, debido a que el ente acusador se encarga de recabar pruebas de cargo y de descargo, haciendo énfasis en que el agente fiscal tiene a su cargo instituciones especializadas en realizar pericias y otras diligencias investigativas. Se analiza también el rol del agente fiscal en el proceso penal, así como el del investigado/procesado, e incluso el de la presunta víctima. Se realiza un análisis interdisciplinario del principio de objetividad y de la subjetividad del agente fiscal, para ello se hace uso de la teoría de los campos de Pierre Bourdieu, y del concepto de *habitus*. Finalmente se concluye que existe una subjetivación del agente fiscal, que puede poner en riesgo el principio de igualdad de armas en el proceso penal, toda vez que no puede manejar de forma objetiva, tanto la acusación como la gestión de diligencias de pruebas de descargo.

Palabras clave: igualdad de armas, proceso penal, subjetivación, principio de objetividad, teoría de los campos, *habitus*.

A:

Elizabeth, Moisés, Jessica, Gabriel, Ronal y Jean

Agradecimientos

Agradezco a la Universidad Andina Simón Bolívar, y a todos mis docentes de maestría por compartir sus conocimientos. De manera especial, a mi tutor de tesis, Dr. Christian Masapanta Gallegos, quien ha sabido ser guía y consejo.

Finalmente, agradezco a dos grandes amigos, Carlos y José; quienes han alimentado con su crítica este trabajo académico.

Tabla de contenidos

Introducción.....	13
Capítulo primero El principio de igualdad de armas en la investigación penal y su vinculación con el derecho a la defensa	18
1. Consideraciones previas sobre el sistema penal acusatorio en Ecuador.....	19
2. El derecho a la defensa y su vinculación con el debido proceso	22
3. Principios que rigen el derecho a la defensa.....	27
4. El principio de contradicción	31
5. Nociones generales de igualdad.....	35
6. El derecho a la igualdad de armas en el proceso penal.....	38
7. Garantías normativas del derecho a la defensa.....	41
Capítulo segundo El principio de igualdad de armas desde una perspectiva material ...	44
1. La teoría de los campos de Pierre Bourdieu, como una forma de entender la parcialización de la fiscalía.....	45
2. La fiscalía en el proceso de producción de la víctima y el victimario.....	50
3. Estudios de casos: una mirada a la praxis del monopolio de la persecución del delito	53
3.1. Caso daños materiales en accidente de tránsito	54
3.2. Denuncia por estafa, fraude procesal y uso doloso de documento falso	55
4. Análisis de los nudos críticos de los resultados de las entrevistas.....	58
4.1. El rol del agente fiscal en la investigación	58
4.2. Perspectivas impresas en la vida de las personas	62
4.3. Subjetividad, parcialidad y monopolio de la investigación	64
5. Reflexiones sobre los casos y las entrevistas realizadas.....	66
6. La igualdad de armas en la investigación penal: una apelación al principio de objetividad	67
Conclusiones.....	72
Bibliografía.....	77
Anexos.....	81

Introducción

La tutela judicial efectiva es un derecho constitucionalizado¹ mediante el cual, el Estado garantiza a los ciudadanos que todos procesos judiciales se ventilen de forma diligente y con respeto a los principios y derechos procesales, de tal manera que en ningún momento las partes se encuentren en un escenario de impunidad o indefensión.²

El derecho a la tutela judicial efectiva, obliga al Estado a crear o implementar regímenes normativos garantes del acceso a la justicia, y de una efectiva solución de conflictos. En materia penal el Estado ecuatoriano mantiene un sistema acusatorio, en donde la institución encargada de la persecución del delito es la fiscalía general. Este órgano tiene la atribución exclusiva de llevar a cabo la investigación preprocesal y procesal penal.

Ahora bien, la búsqueda e identificación de elementos probatorios es un imperioso trabajo del agente fiscal, y para llevar a efecto esta labor investigativa, la propia legislación penal ecuatoriana ha establecido facultades, incorporadas en los artículos 443 y 444 del Código Orgánico Integral Penal, en las cuales (entre otras atribuciones) dispone: “[A la fiscalía se le atribuye] Organizar y dirigir el Sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses”³; a la vez que, en el siguiente artículo prescribe de manera más específica como una de las atribuciones del fiscal, la de: “Disponer al personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o al personal competente en materia de tránsito, la práctica de diligencias tendientes al esclarecimiento del hecho, salvo la recepción de la versión del sospechoso”.⁴

Aunque el catálogo de atribuciones conferidas a la fiscalía y al fiscal es más extenso, consideramos que las dos atribuciones citadas, son de las más trascendentes en

¹ La sentencia de la Corte Constitucional Ecuatoriana, número 328-19-EP/20, párrafo 21, ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene tres momentos fundamentales: i) libre acceso a la justicia; ii) la debida diligencia y el respeto al proceso judicial; iii) la ejecutoriedad del fallo. En resumen, la tutela judicial efectiva garantiza solución al conflicto de manera motivada.

² Corte Constitucional Ecuatoriana, “Sentencia”, 328-19-EP/20, el 24 de junio de 2020, párr. 21.

³ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, Suplemento, el 10 de febrero de 2014, art. 442.

⁴ *Ibid.*, art. 443.

nuestra investigación, debido a que dotan a todo el aparato acusatorio,⁵ la facultad de investigar de acuerdo con los supuestos que haya formulado el agente fiscal.

A más de ello, cabe indicar, que debido a que fiscalía tiene la titularidad de la acción penal, y de la investigación del delito, la única forma en que un actor del proceso, (ya sea investigado/procesado, o acusador particular) solicite una diligencia investigativa, es a través de la solicitud al agente fiscal, pues el artículo 440, del cuerpo legal ya citado menciona: “La fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso. La víctima deberá ser instruida por parte de la o el fiscal sobre sus derechos y en especial, sobre su intervención en la causa”.⁶

Una vez que la fiscalía conoce de hechos que se presuman ilícitos, (ya sea manera directa o indirecta mediante denuncia), y siempre que éste sea un delito de acción pública, deberá empezar de manera oficiosa la investigación preprocesal. Para poder cumplir con toda esta labor, el fiscal tiende a hacer uso de las facultades conferidas, y empieza a realizar y solicitar las diligencias que considere necesarias para la investigación del delito, haciendo uso del sistema de investigación dispuesto por el Estado.

El sistema penal acusatorio, considera a la fiscalía como un órgano imparcial y objetivo por excelencia, de tal manera que el trabajo de fiscalía (dado el conocimiento de un hecho), en teoría debe centrar su investigación en encontrar una generalidad de pruebas, tanto las que determinen responsabilidad penal al investigado, así como aquellas que puedan constituirse en eximentes o atenuantes.

Si vamos un poco más allá del criterio de la objetividad, es necesario analizar también, las cuestiones relativas a la igualdad de armas, y en este sentido debemos hacer eco en el derecho a una igualdad de condiciones en el ámbito probatorio. De un lado tenemos a fiscalía que tiene un aparato institucional bastante prominente, y con atribuciones al fiscal que le permiten indagar de forma abierta; mientras que, por el otro lado, se encuentra la defensa técnica del investigado/procesado, cuya libertad probatoria está condicionada a la fiscalía, pues es la fiscalía quien resuelve y da impulso al petitorio de la práctica de diligencias investigativas.

La fiscalía como tal dirige la investigación preprocesal y procesal, y atiende la solicitud de diligencias, pero bajo el imperio de su criterio. Es decir, el fiscal recaba las pruebas que sustentan su teoría del caso, y tramita las diligencias del

⁵ Entiéndase como aparato acusatorio, a la fiscalía general en ejercicio de las potestades conferidas mediante los artículos 194,195 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador.

⁶ Ecuador, *COIP*, art. 440.

investigado/procesado; sin embargo, esto acarrea una situación conflictiva entre las partes debido a que el fiscal resuelve en mérito de su juicio, pues no todas las diligencias investigativas solicitadas por el investigado/procesado son atendidas.⁷

Existe un problema evidente, e interrelacionado, entre la objetividad fiscal, y la autonomía de la defensa técnica del procesado. Esta problemática radica en ¿qué tan libre es la libertad probatoria de las partes procesales?, y ¿cuál es el alcance de la objetividad de la fiscalía dentro de las investigaciones?, pues como ya lo habíamos dicho, esta indeterminación genera una intervención de la fiscalía en la defensa del investigado.

La presencia del agente fiscal en ambos lados de la contienda,⁸ genera que el investigado tenga dificultades al momento de tratar de demostrar su teoría del caso, de tal manera que debe estar a disposición del agente fiscal para poder participar de manera activa en el proceso, con ello se presentan dos problemas principalmente: i) la subjetividad del agente fiscal respecto de los hechos investigados, en contraste con el principio de objetividad normado; y, ii) el desbalance de posiciones entre las partes procesales, debido a las facultades y acceso a métodos probatorios, puestos a disposición del agente fiscal para determinar el cometimiento de un ilícito.

Estos problemas que manifestamos nos conducen a tratar de evidenciar en casos concretos estas dos situaciones. Para ello, nuestra investigación trata de responder a la pregunta: ¿Qué factores condicionan la existencia de igualdad de armas en la investigación penal ecuatoriana?

En este sentido, esta investigación, busca responder a la pregunta planteada, bajo la premisa de que las facultades concedidas al fiscal, así como las permitidas a la defensa del investigado, denunciante, e inclusive a la acusación particular, se inscribe en los problemas citados anteriormente. Sobre esa base creemos que las reglas de juego podrían estar inclinadas hacia el agente estatal, de tal manera que la persecución del delito podría contener prácticas puntuales violatorias al debido proceso.

Para este trabajo académico hemos creído pertinente desarrollar dos capítulos. En un primer capítulo, se realiza un análisis teórico, que pone en evidencia la importancia del derecho a la igualdad de armas, para lo cual, se realiza un ejercicio disgregativo que

⁷ El artículo 597 del COIP, menciona que tanto el procesado como la víctima tienen libertad probatoria, entendiéndose que se puede hacer uso del sistema investigativo que posee fiscalía; sin embargo, el fiscal puede negarlas alegando impertinencia u otras causales, dependiendo de la valoración que haga el fiscal respecto de la diligencia que se solicita.

⁸ Cuando hablamos de la presencia de fiscalía en ambos lados de la contienda, hacemos referencia a que el fiscal puede negar las diligencias solicitadas, bajo la valoración de la petición del procesado. En consecuencia, la libertad probatoria se encontraría comprometida.

plantea desde dónde, y hacia dónde va el derecho a la igualdad de armas, dentro del proceso penal, como una de las formas por excelencia, de garantizar la resolución de una contienda legal de la manera más *justa* posible.

El segundo capítulo gira en torno al análisis de casos concretos, en donde se expone y se analiza casos en los cuales el derecho a la igualdad de armas se ha visto en conflicto, por los problemas planteados anteriormente. Para este capítulo también se ha realizado un análisis interdisciplinario, con base en teoría sociológica, lo cual ha contribuido a entender la subjetivación del agente fiscal, así como la destrucción del principio de inocencia haciendo uso del procedimiento penal.

Respecto de la metodología, cabe decir, que este trabajo investigativo se ha desarrollado haciendo uso de una metodología deductiva, es decir, que partimos del estudio de las instituciones, principios y derechos generales para poder descomponer el objeto de nuestra investigación, y explicarlo de manera detallada. De igual manera hemos usado una metodología cualitativa mediante la cual, se realiza estudios de casos y entrevistas semiestructuradas para encontrar los nudos críticos respecto del derecho a la igualdad de armas en los casos concretos.

Así mismo, se usaron dos técnicas de obtención de información, en un primer momento el análisis de casos, y luego entrevistas semiestructuradas dirigidas a los actores de los casos citados. Todo esto acompañado de un sustento bibliográfico, y de la aplicación de teorías que ayudan a sostener y explicar nuestros argumentos.

El presente trabajo académico, procura el estudio de una problemática que en la actualidad atañe al proceso penal. Desde la academia es necesario un estudio prolijo de los principios procesales con la finalidad de poner en evidencia todos aquellos factores que de alguna manera vulneran derechos que asisten a las partes, en el caso que nos acontece, la igualdad de armas es un principio propio del derecho a la defensa, y en este sentido, si estos principios se ven interferidos ya sea por una mala práctica o en su defecto por una regulación normativa defectuosa. Por lo tanto, es necesario realizar una crítica a dicho sistema.

De esta manera, no solo pretendemos que se ponga en evidencia estas cuestiones, sino que también se pueda abrir la puerta a posibles soluciones, pues es bien conocido que en todo proceso penal, la investigación juega un rol fundamental para poder encontrar la verdad de los hechos, y determinar si se cumplen o no con los requisitos de imputabilidad. Ahora bien, bajo esta apreciación, este estudio no se orienta a limitar la

facultad investigativa conferida al fiscal, sino más bien a que su trabajo sea bajo el respeto de la libertad e igualdad probatoria.

Esperamos que esta investigación sirva para visualizar el impacto que causa tanto a las personas, así como al Estado mismo, debido a que procesos penales cargados de subjetividad pueden acarrear vicios de procedimiento, que traen como consecuencia nulidades procesales. Ocurrido aquello, el Estado, en aras de la responsabilidad que mantiene, se ve en la obligación de invertir más recursos en la resolución de un proceso.

Capítulo primero

El principio de igualdad de armas en la investigación penal y su vinculación con el derecho a la defensa

El principio de igualdad de armas es un derecho derivado, por lo cual se constituye como un derecho medio. Al ser parte de un derecho más amplio, nace como consecuencia de la desagregación del derecho al debido proceso.

El debido proceso es un derecho que determina los alcances de las actuaciones del poder estatal para perseguir hechos punibles. Para ello la legislación ha determinado reglas puntuales que no pueden en ningún caso menoscabarse, debido a que su incumplimiento puede nulificar lo actuado en las audiencias de control, y con ello afectar principios como la economía procesal. Dentro de estas reglas existen principios rectores, como el de contradicción y el de igualdad, este último lleva implícito el principio de igualdad de armas.

La igualdad de armas en el proceso penal supone una garantía procesal para los intervinientes, asegurando que el proceso se llevará a cabo bajo un conjunto de reglas que posicionaran a las partes procesales en una posición similar, de tal manera que ninguna de ellas pueda efectuar actuaciones que ponga en desventaja al otro.

En este punto es necesario enfatizar que, por regla general, la fiscalía posee un amplio catálogo de mecanismos, así como de profesionales a su disposición para efectuar su labor histórica de persecución del delito, y es en ese momento en donde interviene la igualdad de armas para evitar una investigación unidireccional en contra del común ciudadano, que está sometido a una defensa técnica acorde a su posición económica, y en casos muy frecuentes a una defensa pública ineficiente.

En el presente capítulo, se busca realizar un ejercicio de desagregación del principio a la igualdad de armas, en el cual se van a analizar los derechos del debido proceso, a la defensa, el principio de contradicción, y de forma más profunda los conceptos y elementos constitutivos de la igualdad como base del principio de igualdad de armas. Para luego poder determinar cómo actúa, y cuando se debe sobreponer la igualdad de armas en el proceso penal, en pro de una investigación objetiva por parte de fiscalía, bajo el control del tercero imparcial que en nuestro sistema acusatorio es el juez.

Así mismo, no podemos ser ajenos al principio de contradicción, cuyo ejercicio es directamente proporcional a las actuaciones realizadas en el plano de la igualdad de armas. Sin embargo, aunque nos vayamos a centrar en los derechos y principios referidos, es necesario entender cómo funciona nuestro sistema penal al margen de las leyes vigentes, esto nos ayudara a entender tanto el sistema adversarial, así como la forma en que se garantiza el principio acusatorio en nuestra legislación.

1. Consideraciones previas sobre el sistema penal acusatorio en Ecuador

En el año 2014 entra en vigencia el Código Orgánico Integral Penal, con la finalidad de actualizar e innovar el ordenamiento penal. Esta nueva codificación recoge un conjunto de experiencias pasadas, repiensa el sistema que venía aplicándose y concluye una nueva forma de regular la materia penal. En este sentido, este nuevo código concentra en sí mismo, el derecho sustantivo penal, adjetivo penal, y de ejecución de penas. Esta concentración brindaría al sistema penal ecuatoriano una línea unidireccional de aplicación del derecho penal.

Al margen de la nueva codificación, se establece que se debe garantizar el sistema adversarial, provisto de fiscales que ejerzan la acción penal, con base en los principios del sistema acusatorio, y también debe contarse con defensores públicos, que garanticen la defensa de las personas investigadas o procesadas, por el cometimiento de algún hecho presuntamente delictivo.⁹

Ahora bien, el sistema acusatorio se encuentra regido por el principio acusatorio, este principio se basa en garantizar la exclusión del juez de la acusación, de tal manera que el juez es absolutamente imparcial, dejando la facultad de investigar a la fiscalía. Según Rodríguez Vega, considera que el fundamento del principio acusatorio,

[...] yace en la necesidad de garantizar al justiciable la imparcialidad del órgano encargado de su enjuiciamiento, garantía que, como alguna doctrina se ha encargado de subrayar, es una “metagarantía” de jerarquía axiológica superior, pues opera como presupuesto necesario y previo para la operatividad práctica de las demás garantías fundamentales. Esta imparcialidad del juez, en cualquier fase del proceso en que éste intervenga –investigativa, preliminar o preparatoria, y de juzgamiento–, se ve fomentada por la pasividad que frente a los requerimientos de la fiscalía le demanda un esquema acusatorio.¹⁰

⁹ Ecuador, *COIP*, sec. Considerando 14.

¹⁰ Manuel Rodríguez Vega, “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”, *Revista de derecho (Valparaíso)*, núm. 40 (2013): 651.

Por lo tanto, el sistema acusatorio se encuentra investido de principios fundamentales pretenden garantizar una total imparcialidad del juez al momento de decidir, de manera que para que esto suceda debe existir un régimen legal que garantice que el proceso penal sea oral, público, contradictorio, y concentrado.¹¹ En nuestro caso el proceso penal se rige por principios procesales que tratan de efectivizar el principio acusatorio, se reconocen principios como el de contradicción, igualdad, publicidad, intermediación, concentración, entre otros.¹²

Con esta introducción, cabe hacer una disección del proceso penal acusatorio establecido en el Código Orgánico Integral Penal, en el cual se puede observar entre líneas la intervención de los principios en las fases del procedimiento. En nuestra legislación se han contemplado cinco tipos de procedimiento (uno ordinario y cuatro especiales), dependiendo de las condiciones de los hechos que se discutan.¹³ Sin embargo, a efectos de este trabajo investigativo se enfatizará en el procedimiento ordinario, el cual, de forma resumida, se lleva a cabo de la siguiente manera:

Tabla 1
El proceso penal en el Código Orgánico Integral Penal Ecuatoriano

Fase Preprocesal	
Investigación Previa	La fase de investigación previa se enfoca en reunir elementos de convicción tanto de cargo como de descargo, permitiendo al fiscal decidir sobre la formulación de la imputación y al investigado preparar su defensa. Cabe recordar que los indicios recabados no son prueba.
Fase Procesal (procedimiento ordinario)	
Formulación de Cargos	Contiene la individualización del procesado, la relación circunstanciada de los hechos y los elementos resultantes de la investigación. En esta audiencia se solicitan medidas cautelares y de protección de ser el caso.

¹¹ Ana Milena Díaz González, “El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano.: Análisis en torno a su aplicación.”, *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 11 (el 30 de enero de 2014): 56, doi:10.22518/20271743.309.

¹² Ecuador, *COIP*, art. 5.

¹³ En el COIP existen cuatro tipos de procedimientos especiales: i) abreviado, cuando el imputado admite la comisión del hecho y el delito no tiene pena mayor a diez años; ii) directo, cuando los delitos tienen penas máximas de hasta cinco años y en delitos contra la propiedad que no excedan los treinta salarios básicos unificados; iii) expedito, cuando se trata de contravenciones penales y de tránsito; iv) procedimiento para el ejercicio privado de la acción penal, solo cuando son delitos de: calumnia; lesiones de hasta treinta días de incapacidad que no constituyan violencia intrafamiliar o de género; estupro; y, usurpación. Se inicia con la presentación de la querrela, luego se concede un término para la contestación a la querrela, se abre la etapa de prueba y finalmente se lleva a cabo la audiencia de conciliación y juzgamiento. *Ibid.*, arts. 634–651.

Instrucción fiscal	Es la etapa en la que los sujetos procesales obtienen pruebas. Tienen libertad para obtener elementos que sustenten sus alegaciones, respetando el debido proceso, para lo cual el procesado, e incluso la víctima pueden solicitar diligencias investigativas.
Evaluación y Preparatoria de Juicio	En esta etapa el fiscal podrá emitir un dictamen acusatorio o abstentivo en base a las pruebas recabadas. En el caso que el dictamen sea abstentivo, en delitos mayores a quince años o a pedido del acusador particular, el juez elevara a consulta del fiscal superior quien ratificará o negará la abstención. En la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio el fiscal deberá presentar su acusación que deberá contener: individualización de las personas acusadas; relación clara con los hechos; los preceptos legales aplicables a la causa; anuncio de los medios de prueba; lista de testigos y peritos; solicitud de otras medidas cautelares. El juzgador puede sobreseer cuando exista abstención fiscal, cuando se considere que los elementos que sostienen la acusación no son suficientes para constituir delito, y cuando se haya establecido que existen causas de exclusión de la antijuricidad.
Juicio	Se sustancia sobre la base de la acusación fiscal, y está regido por los principios de oralidad, publicidad, inmediación y contradicción en la actuación probatoria. El juez concederá la palabra a las partes procesales para los alegatos iniciales, luego se realizará la práctica de la prueba anunciada previamente y finalmente se les concederá el espacio para que realicen sus alegatos finales. Posterior a ello y en la misma audiencia se emitirá la decisión judicial.

Fuente: Código Orgánico Integral Penal
Elaboración propia

Cabe recalcar que las formas en qué fiscalía puede conocer la infracción penal puede ser mediante denuncia, informes de supervisión, y providencias judiciales. Una vez que el fiscal conoce de los hechos presuntamente delictivos empieza a hacer las investigaciones pertinentes para poder recabar indicios del cometimiento del hecho. Aunque la investigación sea reservada, tanto la víctima como el procesado tienen derecho a conocer sobre los hechos que se investigan, y en todo caso solicitar diligencias probatorias de cargo o de descargo.

Sin embargo, y como ya lo habíamos mencionado, la fase de investigación previa no recaba pruebas propiamente dichas, pero las diligencias tendientes a recabar indicios generan informes, pericias, versiones sin juramento, entre otros, que luego son llamados como prueba en la instrucción fiscal. Debemos tomar en cuenta que técnicamente el proceso inicia con la formulación de cargos, en donde el investigado, pasa a tener la calidad de procesado, y se abre el plazo de la instrucción fiscal. En el caso de delitos

flagrantes, la formulación de cargos se llevará a cabo en la audiencia de calificación de flagrancia, la cual debe realizarse en un tiempo no mayor a 24 horas desde la aprehensión.

Según el artículo 585 del COIP, la investigación previa puede durar entre uno y dos años, eso quiere decir que la fiscalía tiene un rango de tiempo de investigación bastante amplio, de tal forma que la mayoría de pruebas que van a sustentar la acusación, se recaban en un tiempo mucho mayor al de la instrucción, ello sumado al manejo exclusivo de los medios de investigación ubica a la fiscalía en una posición privilegiada frente a otros actores.

2. El derecho a la defensa y su vinculación con el debido proceso

El debido proceso se configura como la garantía por excelencia de todos los procesos judiciales, ya sean civiles, penales, administrativos, o cualquier otro. La importancia de este derecho es tal, que se encuentra constitucionalizado, y cuyo agravio provoca nulidad. El debido proceso en materia penal, contiene principios que son generales a todos los procedimientos, y también principios y derechos que son propios de éste (o de una de las partes), que se encargan de regular el poder del ente persecutor, para que la decisión no se circunscriba en la desigualdad.

Profundizando en el análisis, Iñaki Esparza Leibar, puntualiza que existen derechos comunes a todos los procesos, y que sin la aplicación de estos no podría configurarse el debido proceso. Para ello es necesario acentuar el concepto de derechos derivados, como aquellos derechos que sirven de base para la efectiva realización de un derecho aún más grande.¹⁴

Con esto no queremos decir que los derechos derivados deben en todo caso verificarse, pues dependiendo del procedimiento, se podría establecer si un derecho o principio derivado debe estar recogido en determinado proceso. Lo que si debemos tener claro es que en un ejercicio de desagregación estos principios deben circunscribirse al debido proceso, o al derecho jerárquicamente superior que lo preceda.

En la misma línea, Iñaki Esparza Leibar, determina tres principios generales a todos los procesos y que se constituyen como *mínimos generales a todo proceso*, señalando en primer lugar a la *dualidad de posiciones*, como una garantía que se basa en la existencia de dos partes opuestas, cuyo fin es la resolución de un conflicto; luego un

¹⁴ Iñaki Esparza Leibar, *El principio del proceso debido* (Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2008), 30.

principio de *contradicción o audiencia*, que tiene como finalidad garantizar un escenario en donde las partes puedan ser oídas, y vencidas. Es decir, se trata de un ejercicio de debate con exposición de argumentos, teorías y práctica de pruebas, bajo el acompañamiento de defensores técnicos adecuados y eficaces; y, finalmente un principio de *igualdad de las partes*, que consiste en que las partes puedan estar en igual de condiciones al comparecer al proceso, superar las diferencias, y permitirle tener acceso a todas las herramientas que garanticen una efectiva defensa, en lo principal, en el plano probatorio y de defensa técnica.¹⁵

En el proceso penal el derecho a la defensa es un presupuesto que se deriva del derecho al debido proceso, por lo tanto, es un derecho derivado. No debe confundirse el derecho a la defensa con el derecho a contar con defensor técnico, pues el primero es un derecho extenso que contiene en sí mismo un amplio contraste de derechos, principios, o reglas, tales como la motivación, la igualdad, etc., y por supuesto y dentro de éste se encuentra el segundo que es el derecho a contar con un defensor técnico.

Debemos entender, que el derecho a la defensa en el contexto de este trabajo, debe mirar como un derecho que nace del debido proceso, pero que contempla garantías adicionales para su ejercicio. A más de lo antes dicho, es menester hacer una distinción entre derechos, garantías y principios del debido proceso con objetivo de categorizar; así Rafael Oyarte señala que:

[H]ay normas relativas al debido proceso que consagran principios y otras que establecen reglas, como son los casos de principios de igualdad o seguridad jurídica, y las reglas *stare decisis* o la *non bis in ídem*. Asimismo, hay derechos -como la presunción de inocencia- y garantías -como la legalidad de la prueba-, así como normas que consagran mixturas, como ocurre en la proporcionalidad.¹⁶

Con ello podemos establecer, que los principios tienden a una generalidad sobre la cual las reglas se forjan, es decir, una regla siempre se sustenta en un principio, sin que esto signifique que no pueda ser un principio-regla. Ahora bien, a lo que queremos llegar con este análisis, es que el ejercicio de un derecho, implica que existan un conjunto de reglas dispuestas a garantizar que en todas las circunstancias que pudieran llegar a ocurrir, no se vulnere dicho derecho.

¹⁵ Ibid., 30–31.

¹⁶ Rafael Oyarte, *Debido proceso*, 2a ed. (Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2016), 26.

Los derechos por principio general, se apuntalan en un reconocimiento por el constituyente en la norma suprema. Esto no quiere decir que todos los derechos yacen de manera expresa en el texto constitucional, sino que también existen derechos que se regulan a partir de actos legislativos o jurisprudenciales, dígase por ejemplo el derecho al doble conforme¹⁷ en materia penal.

Muchos de estos derechos también tienen en sí mismos principios que son constitutivos del derecho *per se*, como el derecho al doble conforme y el principio de inocencia, sin menoscabo de la acepción de *principio*, como un mandato de optimización. Pero las garantías por su parte, tienen otro concepto, que apunta más a mandatos de cumplimiento, es decir, son normas que propenden a salvaguardar un derecho en el marco de hacer o no hacer, o en su defecto de actuar *frente a*, es decir fungen como mecanismos de protección judicial.

Navegando un poco más hacia lo concreto, y cuando hablamos de principios del derecho penal, hay que hacer un ejercicio de distinción entre los derechos procesales, y los que constituyen la parte sustantiva del mismo, es decir, que de manera general existen “principios fundamentales del derecho penal [que] son pautas generales sobre los cuales descansan las diversas instituciones del derecho penal positivo, a nivel doctrinal se considera que constituyen guía para la interpretación del conjunto de normas que integran el ordenamiento jurídicopenal”.¹⁸

Aunque la cita anterior, pareciera que se trata de un concepto mayoritariamente exclusivo de lo sustantivo, lo cierto es que apunta también a lo adjetivo, obedeciendo a una indistinción que hace la normativa vigente, pues el Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), mantiene sus principios en un solo cúmulo, siendo el trabajo del intérprete identificar los principios procesales de los sustantivos.

Ahora bien, cuando tratamos de particularizar los derechos procesales del derecho penal, la brújula apunta al debido proceso, pues “[n]adie será sancionado sin que exista observación al trámite propio de cada persona”.¹⁹ Por lo tanto, es un derecho rector en la obtención de una sentencia y/o sanción justa. Para ello, se han establecido principios generales al proceso penal, que deben intervenir en el sistema acusatorio oral, los mismos que son: “Oportunidad; Concentración; Contradicción; Inmediación; Dispositivo; (tanto

¹⁷ Véase la sentencia 1989-17-EP-21, de la Corte Constitucional ecuatoriana.

¹⁸ Ánshelo Ponce Gordón, *Los principios penales y procesales vigentes en el Código Orgánico Integral Penal y otros principios del proceso penal: Objetivos; Características; Límites de Aplicación y Práctica Forense.*, vol. I, 2019, 63.

¹⁹ *Ibid.*, I:78.

para el D. Penal Sustantivo como para el D. Penal Subjetivo) Principio de Unidad Jurisdiccional; Celeridad, Publicidad, Eficacia; y Eficiencia.”²⁰

Si buscamos una concatenación entre derechos procesales y principios procesales, podemos dar cuenta que efectivamente, el derecho a la defensa se encuentra sostenido por el principio de contradicción e igualdad, estos dos principios dibujan tanto las condiciones y los límites para el accionar de las partes.

En palabras de Julio Maier, “el *derecho a la defensa* del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él, y de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que lo excluya o atenué”.²¹ Aunque este derecho no es ajeno a otras materias distintas a la penal, es necesario observar que siempre se le ha dado una especial relevancia en el proceso penal, debido a que el hecho de que se está tratando con la posibilidad de resultados restrictivos de derechos, ha dado pie a un cúmulo de garantías que ayudan a que el juzgador tenga la plena certeza de la culpabilidad del imputado.

De ahí que la naturaleza del derecho a la defensa se funda en los principios de igualdad y contradicción, bajo un procedimiento general, sin discrimen, y de aplicabilidad a hechos similares. Con ello garantiza sentencias únicas en el ámbito sustantivo, pero generales en lo adjetivo. Sobre la naturaleza del derecho a la defensa Luis Martí Mingarro señala:

Con carácter general el derecho de defensa se predica de todos aquellos que intervienen en un proceso penal. A través del reconocimiento de este derecho se garantiza que las partes de ese proceso estén en condiciones, en todo momento, para defender sus respectivas posiciones procesales. La clave y al propio tiempo el límite que no puede traspasarse es el de la indefensión, que es un límite que ha de imperar en todos aquellos procesos en los que estén en cuestión derechos de la ciudadanía ante el ejercicio del poder, ya sea la justicia criminal, ya sea sobre penas o sanciones administrativas.²²

Mingarro sostiene que es el derecho a la defensa es el que traza las reglas relativas al proceso, de tal manera que ninguno de los intervinientes se encuentre en desventaja, pues cuando existe desigualdad, ésta se traduce en indefensión de una de las partes lo cual supondría un sistema penal deficiente. Con esto podemos concluir que el debido proceso se encuentra anclado a las facultades de las partes en sus actuaciones.

²⁰ Ibid.

²¹ Julio B. J. Maier, *Derecho Procesal Penal*, 2. ed. (Buenos Aires: Del Puerto, 1996), 547.

²² Luis Martí Mingarro, *Crisis del derecho de defensa* (Madrid: Marcial Pons, 2010), 22.

Dicho esto, el derecho a la defensa también “[c]onsiste en la posibilidad jurídica y material de ejercer defensa y derecho de la persona en juicio y ante las autoridades, de manera que se asegure la realización efectiva de los principios de la igualdad de las partes y de contradicción”,²³ de tal forma que el derecho a la defensa se vuelve un derecho amplio, que circunscribe en sí mismo más derechos que complementan su efectivo ejercicio.

En esta misma línea, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), en su art. 8.2, determina las garantías que rodean al derecho a la defensa. Así mismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte IDH), ha ido estableciendo precedentes jurisprudenciales que han ampliado y sitiado el concepto de derecho a la defensa, así en el caso *Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, la Corte IDH, determinó:

El derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso penal: por un lado, a través de los propios actos del inculpado, siendo su exponente central la posibilidad de rendir una declaración libre sobre los hechos que se le atribuyen y, por el otro, por medio de la defensa técnica, ejercida por un profesional del Derecho, quien cumple la función de asesorar al investigado sobre sus deberes y derechos y ejecuta, *inter alia*, un control crítico y de legalidad en la producción de pruebas.²⁴

La Corte IDH hace una valoración del derecho a la defensa, y determina cuando nace y cuando se extingue el mismo. Siendo así que, el derecho a la defensa nace con la presunción de haber cometido un ilícito, es decir, que, en términos de nuestra legislación, nacería incluso con las actuaciones preprocesales, para luego mantenerse a lo largo de todo el proceso, y se extinguiría solo hasta la ejecución de la pena.

El derecho a la defensa es general a todas las partes, y por ser un derecho general justifica aspectos propios de los derechos, como la titularidad, el pleno ejercicio, y las garantías. De este modo, se debe establecer quien o quienes son los titulares de los derechos, y en qué sentido la titularidad los hace exigibles, sin que ello pueda caer en una ventaja o desventaja en su ejercicio ante un tribunal penal. De ahí que, el derecho a contar con un abogado (acusador particular en el caso de la víctima y defensa técnica en el caso

²³ Oscar Cruz Barney, *Defensa a la defensa y abogacía en México* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015), 5.

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, el 5 de octubre de 2015, párr. 153.

del procesado), se garantizan a través del derecho a la defensa, pero con diferentes matices, como la imposibilidad de desplazar al persecutor estatal.

Es necesario puntualizar que el derecho a la defensa ampara otros derechos que tienen una titularidad especial, y que pueden identificarse como atribuibles a una sola de las partes, como la presunción de inocencia que es un derecho propio del imputado, o el derecho al doble conforme que consiste en conceder al sentenciado la oportunidad que su sentencia condenatoria sea revisada en su integridad en otra instancia judicial. Dicho de otro modo, es la doble confirmación de la sentencia condenatoria.²⁵

Para ejercer una buena defensa técnica, es necesario conocer los derechos de los procesados, poder determinar los alcances para que en efecto no se vulneren derechos a las partes; o para ser más puntuales, poner en desigualdad al procesado frente a la fiscalía, o quien haga sus veces de persecutor del delito.

3. Principios que rigen el derecho a la defensa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua*, sobre el derecho a la defensa ha establecido que:

[...] El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado “debido proceso legal” o “derecho de defensa procesal”, que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra [...].²⁶

Teniendo como premisa lo dicho por la Corte IDH, el derecho a la defensa en su desarrollo, se constituye como la garantía de brindarle a las partes un escenario pleno de contradicción. Por ello, el derecho a la defensa se mira también como un principio que determina las directrices para el ejercicio del derecho a la contradicción, a ser escuchado, a contar con un defensor técnico, etc.

Es necesario enfatizar que el derecho a la defensa se ubica como parte del debido proceso, pero que dicha clasificación solo realza su importancia. El derecho a la defensa es determinante en la decisión judicial. Solo cuando el procesado puede ejercer de forma

²⁵ Corte Constitucional Ecuatoriana, “Sentencia”, 1965-18-EP/21, el 17 de noviembre de 2021, párr. 27.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Sentencia”, *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, el 29 de enero de 1997, párr. 74.

eficaz este derecho, entonces puede proteger los derechos que se pretenden sean reprimidos, como el derecho de libertad, o los derechos patrimoniales, o mejor explicado desde una postura etimológica, *el oponerse a un daño o peligro*.

De ahí que no es posible en ningún caso renunciar el ejercicio del derecho a la defensa. El Estado ha creado instituciones que puedan ser las encargadas de actuar de oficio en la defensa de una persona, la indefensión no es en ningún caso la regla, ni tampoco se constituye como una opción. Por el contrario, la defensa en igualdad de armas es la regla, y la indefensión es una ilegalidad.

En la misma línea con el argumento anterior, “para que se dé este concepto de indefensión constitucionalmente [prohibido y] relevante [se da cuando se está], privando, negando, rechazando o impidiendo el derecho de defensa, o, al menos, disminuyendo, limitando o alterando su contenido y expresión, ha de ser imputable de forma directa al órgano judicial”.²⁷ Por lo tanto, el derecho a la defensa depende de las normas que expida la legislación, y de la forma en que se aplican estas normativas por parte del órgano jurisdiccional, pues si retomamos el normas convencionales establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es el Estado a través de sus instituciones quien debe garantizar el derecho a la defensa.

Ahora bien, el respeto de las actuaciones procesales es el primer vínculo entre la defensa y órgano judicial. Las reglas procesales previamente establecidas por el legislador, a más de ser acatadas deben ser puestas a disposición y a entero cumplimiento de las partes. Es aquí en donde sale a flote un primer principio que es general a todo proceso, pero que genera mucho ruido en el proceso penal, *la igualdad de armas*.

La igualdad de armas no solo proporciona un escenario justo a las partes, sino que además provee un ambiente propicio para la contradicción, que es propio del derecho a la defensa. Para ejercer *el derecho que se opone a un daño inminente*, es necesario que en el plano de la igualdad se permita *la contradicción* de un hecho o de una pretensión incongruente o absurda. Por lo tanto, se verifica el segundo principio del derecho a la defensa que es el *principio de contradicción*, estos dos principios son en forma general los rectores del derecho a la defensa, y por ello vamos a estudiarlos de manera aislada sin dejar de lado la vinculación y la necesidad del uno para con el otro.

Tanto la igualdad, como la contradicción deben ejercerse en todo el proceso penal, lo cual implica que debe ser parte desde que un hecho presuntamente punible es

²⁷ Martí Mingarro, *Crisis del derecho de defensa*, 37.

denunciado, hasta la ejecución de la sentencia. Con base en los límites explicados, podemos identificar responsabilidad sobre el efectivo ejercicio de este derecho, en un primer momento a fiscalía como ente encargado de la investigación de una infracción, y en un segundo momento a la autoridad judicial durante todo el proceso desde la formulación de cargos, instrucción, juicio y ejecución de sentencia.

En lo que concierne a la fiscalía y tal como lo prescribe el COIP en su artículo 442: “La fiscalía dirige la investigación preprocesal y procesal penal e interviene hasta la finalización del proceso”,²⁸ es decir, que no solo se limita a investigar, sino que además es parte en los procesos judiciales.

La fiscalía tiene la función del patrocinio en la acción penal pública,²⁹ y en esta línea Carlos Barragán Salvatierra lo acuña como “una función de protección social”,³⁰ esta protección social tiene un antecedente que se desarrolla bajo la premisa de que la víctima por sí sola no puede impulsar una acción penal, pues por su propia condición podría causar impunidad. Con la creación de la fiscalía general, se consolida lo que se denomina el monopolio de la penalidad,³¹ trayendo de forma implícita una serie de instituciones que se han denominado poderes procesales,³² con facultades específicas de investigación y acusación.

En cuanto a la segunda institución garante de la igualdad, es decir el órgano judicial propiamente dicho. El cúmulo de garantías deben ser aplicadas por el juez que dirige las fases procesales. En un primer momento ya habíamos establecido la importancia de la igualdad en el proceso, como la garantía que sustenta el derecho adjetivo que, sin tocar situaciones de fondo, garantiza que el fondo que se va a resolver sea analizado en el ámbito de actuaciones procesales igualitarias.

Podríamos decir que el derecho procesal, por sí solo no es determinante en el análisis del fondo, y de hecho el juez no vincula el derecho adjetivo con el sustantivo, sino como un sistema que permite un acceso igualitario a la verdad, y por ende a la

²⁸ Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 598, Suplemento, 30 de septiembre de 2015, art. 411.

²⁹ Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano*, 3.^a ed. (Quito: Ediciones Legales, 2020), 1:264

³⁰ Carlos Barragán Salvatierra, *Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed. (México D.F.: McGraw Hill, 2000), 118.

³¹ Domingo García Rada, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 9.^a ed. (Lima: Asociación Civil “Mercurio Peruano”, 2012), 4:87-98.

³² José Cafferata Nores, y otros, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 3.^a ed. (Córdoba: Intellectus, 2003), 236.

justicia. De ahí que el derecho procesal protagoniza la producción imparcial de un acervo probatorio sobre la cual el juzgador dicta una sentencia.

Ahora bien, la creación de reglas y principios procesales (y del procedimiento propiamente dicho) tiene sus bases en el acercamiento a la verdad, de tal manera que la premisa inicial sobre la cual se funda el derecho adjetivo tiene que ver con el aporte de pruebas que le permitan al juez determinar si un hecho es verdadero o no, a esto se lo conoce como *umbral de suficiencia probatoria*. Jonatan Valenzuela concluye que: “[...] la regla que describe a un determinado procedimiento es aquella que determina el umbral de suficiencia probatoria para un determinado grupo de casos y que permite distribuir los errores que se producirán en el conocimiento de los hechos”.³³

En este razonamiento, el derecho procesal en conjunto con sus principios son los que determinan los hechos que han de llegar a probarse, es decir, define las circunstancias de ingreso de pruebas, así como de pronunciamientos. Por lo tanto, el fondo de una controversia se encuentra supeditada a la adjetividad.

Aunque existan normas constitucionales que explícitamente prescriban que la omisión de formalidades no es razón para sacrificar la justicia,³⁴ los actos omisivos deben suceder solo en la medida en que éstos no alteren el acercamiento a la verdad, y en consecuencia no altere la decisión del juez. De ahí que derechos como el de la defensa, igualdad y contradicción no pueden pasarse por alto, porque coartarían el conocimiento de pruebas decisorias por parte del juez.

Con ello, podemos concluir que el parámetro que determina que una formalidad puede ser omitida, es la interrelación que exista entre esa formalidad y los principios procesales. De esto se podrían incluso categorizar las formalidades en un ejercicio de puntualizar *lo omisivo*, y, sobre todo, bajo qué circunstancias es admisible, dígase por ejemplo la falta de presentación de una partida de nacimiento vigente.

El análisis que haga el juzgador sobre lo omitido, debe estar fundamentado en la necesidad o en la relevancia de tal o cual formalidad. En el mismo supuesto de las líneas anteriores, una partida de nacimiento vencida en un proceso en donde tenga la función de determinar la existencia de una persona, deja de ser una mera formalidad para trasladarse al plano sustancial. A manera de síntesis, en el segundo momento, la garantía de los

³³ Manuel Vial-Dumas, *Pensando al juez*, ed. David Martínez Zorrilla, Cátedra de cultura jurídica (Madrid: Marcial Pons, 2019), 182.

³⁴ Decreto legislativo 0, “Constitución de la República del Ecuador”, Registro oficial 449 § (2008) art. 168.

principios procesales son deber del juzgador, quien previo análisis y solo bajo ciertas circunstancias debidamente motivadas, podría omitir una formalidad que no responda a principios procesales fundamentales.

4. El principio de contradicción

Entre líneas anteriores habíamos expuesto que el derecho a la defensa consiste en resistir, o hacer oposición a un *daño o restricción*. Esta oposición debe estar fundada en hechos y en derecho, al amparo de una *pretensión*. Uno de los principios sobre los cuales se apuntala esta oposición, es en la capacidad que tenga el oponente a contradecir un supuesto de hecho, es decir, la contradicción supone un ejercicio de contra argumentar, y con ello (e implícitamente) el aportar pruebas que se contrapongan a dicho supuesto.

La contradicción no puede estudiarse como un todo, es necesario identificar los aspectos esenciales de este derecho, por ejemplo: las condiciones, la oportunidad, los medios disponibles y otros elementos esenciales que son constitutivos de su ejercicio. Aunque el derecho a la contradicción era considerado absoluto, actualmente ha perdido esa calidad, debido a circunstancias especiales como en el caso de los delitos que pueden juzgarse en ausencia como el peculado, el cohecho, la concusión y el enriquecimiento ilícito.³⁵

Sin embargo, respecto del resto del catálogo de delitos sigue siendo un derecho imprescindible, y su vulneración conlleva la nulidad de las actuaciones viciadas, pues no se trata de una mera formalidad, sino que es determinante en el proceso. El acto inicial que da habilita la contradicción es *la citación* a la contraparte,³⁶ y en el caso particular al investigado/procesado, de ahí que en toda normativa procesal el acto citatorio es fundamental, y tiene reglas específicas (forma y modo de citar) sobre las cuales el juzgador es intransigente.

La citación como tal, se traduce en el derecho de conocer a través de un medio formal los actos de proposición, así como los actos procesales que están aconteciendo en el proceso, y con ello lleva implícito un elemento de temporalidad que junto con la citación se traducen en el inicio de la contradicción. De forma sintética, la citación pone

³⁵ Ibid., art. 233.

³⁶ Darci Guimaraes Ribeiro, “La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 40, núm. 40 (2014): 109.

en conocimiento de causa, y la norma procesal otorga un tiempo prudencial para que se preparen argumentos de oposición, los cuales, apoyados en elementos probatorios efectivizan el principio de contradicción.

La contradicción también tiene una cualidad, que se subsume a la circunstancia del hecho, no tiene una regla general de aplicación, sino que a su vez también puede actuar en fenómenos preventivos. En este sentido, se han determinado tres tipos de ejercicios contradictorios, el primero denominado *previo*, en donde el juez escucha a ambas partes, en un ejercicio de debate argumentativo, en un escenario dispuesto por la norma, se podría decir que es la contradicción clásica cuyos argumentos persuaden al juez quien finalmente toma una decisión.

Un segundo ejercicio denominado *diferido*, que se diferencia del anterior por ser de carácter preventivo, es decir, de forma cautelar el juez adopta una decisión lesiva y proporcional, con la finalidad garantizar un bien mayor. Dígase por ejemplo, la decisión del juez de otorgar medidas cautelares. Aunque el juez adopte medidas que restrinjan los derechos de libertad, patrimonio, entre otros, el derecho a la contradicción no se vulnera, pues lo que ocurre es un diferimiento del acto contradictorio a un momento posterior, en donde puede ratificar o bridar elementos para que el mismo juez revoque la medida dispuesta, o en su defecto dictar nuevas medidas al margen de la ley.

Y, por último, una hipótesis *eventual*, el contradictorio ocurrirá sí y solo sí, a pedido de la contraparte lo solicitare para justificar que la decisión judicial pudo haberse basado en hechos no probados, responde a la eventualidad toda vez que no existió un contradictorio anterior, pero en caso de una petición puede ocurrirlo. Es el caso de las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, las medidas se dictan y persisten, y el contradictorio no es obligatorio sino a petición de parte.³⁷

Recapitulando, dentro del proceso penal, el acto contradictorio puede iniciarse a raíz de la notificación en la que se pone en conocimiento que existe una investigación en su contra. Esta investigación inicial, o previa determina los elementos de convicción con los cuales el fiscal acusa, o en su defecto se abstiene de hacerlo. Aunque esta fase no es probatoria, los resultados de la investigación si pueden formar parte de la prueba en el momento oportuno, entonces en el ejercicio de la defensa del ilícito investigado, el denunciado podría en todo caso hacer prueba de descargo, lo cual es un acto de contradicción que esclarece el panorama del fiscal para el dictamen abstentivo o

³⁷ Ibid., 110.

acusatorio. De modo que, incluso no tratándose de una contradicción ante un tercero, si es posible una suerte de contradicción que aporta elementos probatorios que pueden servir de sustento en el dictamen fiscal.

Ahora bien, en el desarrollo del proceso penal el principio de contradicción es más evidente, a todo esto, y en concatenación con el argumento anterior, la contradicción se desarrolla en dos entornos: “uno probatorio, que es el que se ha revisado y que se contrae tanto a la prueba como al valor cognitivo que le dispensa el funcionario a cada probanza, y desde la perspectiva sustancial comporta el derecho a controvertir argumentalmente lo planteado por la otra parte, frente a la sustancia de lo que se debate en el juicio”.³⁸

Se verifica entonces que el derecho de contradicción sucede en dos momentos, el primero que ya he explicado en parte entre líneas, que tiene que ver más con el aporte de pruebas de descargo, con una actividad justificativa mínima para la admisión a la etapa de juicio. Esta justificación mínima, debe contener una razonabilidad que sostenga que dicha prueba contradice, o puede contradecir a una prueba aportada por la contraparte, incluso a efectos de libertad probatoria, podría solo ser una prueba relevante, aunque no contradictoria.

Por otro lado, o de manera subsecuente, tenemos el derecho de contradicción ejercido de manera oral y en audiencia, que implica un ejercicio intelectual más ágil. En el primer ámbito el argumento sólido subyace en los apuntes mentales del defensor, y con lo que pretende hacer valedera su teoría del caso, para que después en la oralidad sea expuesto como un alegato inicial y sustente en parte el alegato final.

El argumento contradictorio final, se va forjando a lo largo del proceso, la contradicción misma de la prueba que se realiza en el ámbito del desarrollo de la audiencia va generando puntos de apoyo a la teoría del caso. Los testimonios que resultaren incongruentes, o los peritajes que demuestran apreciaciones científicas de un hecho, encaminan al juzgador a la verdad. Finalmente, en una suerte de debate jurídico entre las partes, éstas expongan este argumento final contrapuesto que se posiciona como la verdad del hecho controvertido y que determinara las consecuencias jurídicas del ilícito.

En un inicio habíamos establecido que derecho a la contradicción es imprescindible en la mayoría de procesos penales, y con ello también nos referimos a que este derecho opera en ambas partes procesales, y por regla general de forma igualitaria. Es decir que, tanto en el ámbito probatorio o argumentativo inicial, así como en el ámbito

³⁸ Juan Carlos Arias, *Axiología y deontología del proceso penal y el precedente judicial*, USAID Colombia (Colombia, 2003), 44.

oral o argumentativo final, el derecho se ve garantizado por un tercero imparcial denominado juez.

Ahora bien, cabe mencionar también una crítica que se ha venido haciendo reiteradamente sobre la contradicción en los testimonios anticipados. Según el artículo 502.2 del COIP, el testimonio anticipado puede suceder en casos específicos en donde el testimonio no pueda receptarse en juicio ya sea porque una imposibilidad física o por garantizar el derecho a la no revictimización, aunque normativamente el artículo citado establece que debe realizarse “bajo los principios de inmediatez y contradicción”.³⁹

Sin embargo, el testimonio anticipado ha recibido una fuerte crítica cuando se trata de las víctimas en delitos sexuales, pues si bien se trata de garantizar la contradicción, esta se ve limitada por la forma en que se recepta este tipo de testimonios (en cámara de Gesell y mediante psicólogo), además de la relevancia que ésta ha adquirido. Yanes Sevilla, cita a la sentencia Nro. 1432-2017 de la corte nacional de justicia del Ecuador, cuya parte pertinente menciona “En cuanto al testimonio de la víctima, por tratarse de un delito sexual, tiene un estándar de valoración especial, ya que por la clandestinidad con la que suelen cometerse esta clase de infracciones, no es común que se presente multiplicidad de pruebas del hecho”.⁴⁰

Esta relevancia que le han otorgado las cortes en este tipo de delitos, ha sido protagonista de críticas, debido a que existe una colisión de derechos entre la no revictimización y la contradicción, lo cual supondría que, al existir un detrimento del ejercicio contradictorio, no debería tener una valoración especial sino más bien debería considerarse como una prueba incompleta que debe sostenerse en otras más.⁴¹ En este sentido, la ponderación se vuelve una necesidad, cuya razonabilidad se fundamenta en la protección de la integridad de la víctima.

A manera de conclusión, el derecho a la contradicción se define como la facultad de las partes para contradecir una prueba o un argumento, una vez que se ha establecido *cuando* se debe garantizar contradicción, es necesario trastocar las *condiciones* en las

³⁹ Ecuador, *COIP*, art. 502.2.

⁴⁰ Marjorie Dayanara Yanes Sevilla, “El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual: estudio de casos” (masterThesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021), 34, <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8202>.

⁴¹ “En esencia, la toma de T.A. de la víctima no puede ser igual a la toma de un testimonio normal en etapa de juicio, en razón de que este medio de prueba lo que busca es proteger a la víctima de la agresividad que suele darse en los interrogatorios y los contrainterrogatorios del juicio. Sin embargo, por la misma dificultad de conservar el curso normal de la contradicción y por lo perjudicial que puede resultar esto para el proceso, el juez debe velar porque se garantice la participación del procesado en esta diligencia, y, además de ello, realizar un ejercicio de valoración mucho más técnico y profundo en este tipo de prueba.” *Ibid.*, 67.

cuales se debe la contradicción. En este sentido, la *igualdad* se configura como la condición por excelencia, la cual garantiza que la contradicción sea ejercida por las partes no solo en *igualdad de condiciones*, sino que además dota a las partes de un proceso con espacios procesales que permite que exista la *oportunidad*, con tiempos determinados y prudenciales que garantizan la efectividad de la misma.

5. Nociones generales de igualdad

La igualdad, axiológicamente hablando, responde a un valor ético que propone un régimen de consensos, es decir, que la sociedad debe proporcionar entre sus habitantes acuerdos de condiciones sobre los cuales las personas no demarcan una jerarquía de trato, sino que fortalecen un desarrollo conjunto con una mirada horizontal. Sobre la igualdad, Pérez Luño destaca: “Desde un punto de vista *lógico*, el concepto de *igualdad* significa la coincidencia o equivalencia parcial entre diferentes entes. Esta categoría es distinta de la *identidad*, que entraña la coincidencia absoluta de un ente consigo mismo, y de la *semejanza*, que evoca la mera afinidad o aproximación entre diferentes entes”.⁴²

Esta perspectiva *lógica*, trastoca un punto medular de la igualdad, que sugiere que la igualdad como tal no tiene que mirarse como la réplica de un acto o de una permisión normativa. Por el contrario, la idea de la igualdad subyace en un ejercicio de proporcionalidad y de garantizar en la mayor medida de lo posible el acceso a derechos y garantías en una forma equivalente.

En esta misma *lógica*, Pérez Luño sostiene que existen tres caracteres básicos de la igualdad:⁴³

- a) Un primer carácter denominado *pluralidad*, es decir que la igualdad se constituye solo entre entes equiparables, entre los cuales la igualdad puede ser un ejercicio material. Con esto hace una diferenciación entre identidad e igualdad, siendo la primera un aspecto singular, unilateral y no equiparable, y en el segundo destaca la pluralidad, lo comparable y lo equivalente, pudiendo afirmar que la igualdad solo se produce entre seres con identidad.
- b) El segundo carácter se trata de una dimensión *relacional*, esta categoría de igualdad es inmediata a la primera, pues una vez que se ha determinado un conjunto de entes equiparables, se debe crear una relación contractual sobre

⁴² Antonio Enrique Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad* (Madrid: Dykinson, 2006), 17.

⁴³ *Ibid.*, 18.

la cual se pueda hacer un juicio de igualdad, el contrato social como tal es la relación que establece condiciones a un grupo de entes que pueden ser sujetos de igualdad.

- c) Finalmente, un ejercicio de *comparación* en el cual sugiere que estos entes equiparables, son iguales, o pueden someterse a un juicio de igualdad, no bastando con que dos entes sean equiparables, se debe de establecer un criterio de igualdad que permita realizar dicho juicio.

Ahora bien, la lógica de la igualdad, se traduce en una suerte de desagregación de su implicancia, es decir son entes constitutivos. Cabe entonces hacer una reflexión sobre los principios que determinan el ejercicio de un juicio de igualdad, Luigi Ferrajoli, sostiene que la igualdad incluye dos principios distintos:

En un primer significado, consiste en el igual valor que él obliga a asociar a todas las diferencias que forman la identidad de cada persona. En un segundo significado consiste en el desvalor que él obliga a asociar a las excesivas desigualdades económicas y materiales que de hecho limitan, o, peor aún, niegan el igual valor de las diferencias. La primera igualdad es un principio estático, la segunda es un principio dinámico [...].⁴⁴

El primero se circunscribe en un ejercicio de no discriminación, es decir, que una vez que se ha establecido una *relacionalidad*, es necesario una asociación de las diferencias de lo comparable o equiparable de forma razonable. Así, las diferencias son elementos constitutivos de la igualdad, y; por lo tanto, el discrimen irrazonable se opone a la igualdad, de ahí que Ferrajoli lo puntualiza como una *regla*, un *principio estático*, y por supuesto no negociable.

El segundo principio en cambio *dinámico*, se trata de un *deber de actuación* del ordenamiento jurídico en pro de la reducción, y la limitación de desigualdades materiales. La realización de este principio no es absoluta, sino que atiende a un realizar en *la medida de lo posible*, es un ejercicio permanente y progresivo, y se sustenta en reglas de discrimen positivo en favor de los focos de desigualdad histórica.

Ahora bien, la igualdad constituida en los términos referidos es elemento sustancial de una sociedad, incluso se concibe como base del Estado, y condición de existencia del mismo, pues el contrato social en términos generales “aspiraba a la participación de todos los miembros de la colectividad en la declaración de sus normas,

⁴⁴ Luigi Ferrajoli, *Manifiesto por la igualdad* (Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2019), 15.

en el supuesto que esta participación aseguraba de por sí la igualdad y, por tanto, la justicia”.⁴⁵

El contrato social nace de un consenso expresado en términos igualitarios, y con base en este consenso se crean normas de convivencia cuyos sujetos están forzados a cumplir este acuerdo en forma igualitaria. Esta acepción es la que se conoce comúnmente como *igualdad ante la ley*, la cual, al mismo tiempo se encuentra como un principio sustancial establecido en las cartas fundamentales de los Estados, y en donde se ha acentuado el concepto de *igualdad formal*.

Pérez Luño, sobre la igualdad ante ley sostiene que “implica el reconocimiento de que la ley tiene que ser idéntica para todos, sin que exista ningún tipo o estamento de personas dispensadas de su cumplimiento, o sujetos a potestad legislativa o jurisdiccional distinta de la del resto de los ciudadanos”.⁴⁶ En cualquier caso, la ley tiene dos dimensiones en el ámbito de la igualdad: por un lado la ley debe mantener un régimen general que sea aplicable a todas las personas en sus diferencias, es decir una dimensión general. Al tiempo que, debe mantener una dimensión específica y singular en la cual su aplicación tiene que ser válida para el caso concreto. La generalidad de la ley supone la garantía al principio de igualdad, cuyo núcleo duro debe estar cimentado en una práctica antidiscriminatoria, e independiente a factores identitarios.

En relación al segundo principio que señala Ferrajoli como *dinámico*, Pérez Luño subraya que debe existir un criterio *equiparador*, cuya función es tratar de que la igualdad formal se refleje en la materialidad. Para ello, el criterio *equiparador* demanda que, para que la igualdad sea posible, es necesario en todo caso que los sujetos sean equiparables, siendo necesario tener en cuenta consideraciones de tipo sociales y culturales, pues “mientras la generalidad entraña el trato igual de lo igual, la equiparación supone el trato igual de lo que no lo es en el plano fáctico, pero se estima que jurídicamente debe serlo”.⁴⁷

Ahora bien, para poder hacer equiparable un conjunto de personas *diferentes* se debe tomar en cuenta un criterio de *relevancia*, dicho de otro modo, se debe poner sobre la mesa los criterios que identifican a cada persona y sobre los cuales se está haciendo un discrimen irracional. No basta con la mera relevancia de ciertos rasgos que pueden manifestar identidad, sino de aquellos que pueden generar un discrimen y sobre ellos

⁴⁵ Eduardo Luis Llorens y Clariana, *La igualdad ante la ley: El Estado y sus órganos* (Sevilla: Athenaica, 2016), 57.

⁴⁶ Pérez Luño, *Dimensiones de la igualdad*, 22.

⁴⁷ *Ibid.*, 25.

enfatar una práctica igualitaria, de ahí que las legislaciones sostienen que todos son iguales ante la ley, independientemente de raza, religión, etnia etc.

El Estado se ha visto en la obligación de reconocer las desigualdades históricas, que han venido reproduciendo prácticas discriminatorias en contra de ciertos grupos de individuos. Este reconocimiento es el inicio de una transformación social que apunta a la igualdad material, pues a partir de ello se ha establecido la necesidad de implementar los *discrímenes positivos*, o también llamadas *acciones afirmativas*.⁴⁸

6. El derecho a la igualdad de armas en el proceso penal

La igualdad de armas es un derecho que se desprende del principio de igualdad, el cual, en un ejercicio traslativo, se lo incorpora en los procesos judiciales como una garantía del equilibrio de las actuaciones de las partes procesales. En este sentido, y por ser pertinente a nuestros objetivos, nos enfocaremos en el proceso penal, sin desmerecer la presencia de la igualdad de armas en procedimientos judiciales diferentes.

Según el modelo estadounidense la igualdad de armas se compone de dos principios, el primero se trata del principio denominado *Fair Trial*, que consiste en el derecho a un juicio limpio, y un segundo principio llamado *Fair Court*, consistente en el derecho a un tribunal justo, estos dos principios desembocan en el llamado *Fairness*, que se traduce como *equidad procesal*.⁴⁹ La aplicación de estos dos principios determinan el grado de presencia de la igualdad de armas en el proceso, un juicio limpio implica que el proceso se haya llevado a cabo en igualdad de condiciones, osea que ninguna de las partes tenga una posición que socave la defensa o las actuaciones de la contraparte, y el segundo principio se circunscribe en el trato igualitario e imparcial que ha de tener un tribunal penal en todas y cada una de sus partes.

El derecho a la igualdad de armas es un principio fundamental en el debido proceso, de tal manera que no se puede apreciar esta *igualdad* de manera unidireccional, sino que se expande hacia otros matices, dentro de lo que destaca principalmente la igualdad a ser escuchado, la igualdad probatoria, la igualdad en el acceso a la justicia, etc. Sin embargo, y previo a introducirnos en este estudio, es necesario puntualizar ¿quién o

⁴⁸ Decreto legislativo 0, Constitución de la República del Ecuador, art. 11.2.

⁴⁹ Juan Luis Gómez Colomer, "Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica", *Revista Española Poder Judicial*, n.º 19 (2006): 48.

quiénes deben encontrarse en una igualdad de armas? Para responder esta pregunta debemos tener en cuenta que las partes procesales en un juicio penal son por un lado el ente acusador constituido e institucionalizado en la *fiscalía general*, y del otro lado *el procesado/investigado*, en compañía de su defensa técnica; por lo tanto, son éstos quienes *deben estar en una igualdad de armas* para una efectiva contradicción.

A todo esto, visibilizar una igualdad entre fiscalía y procesado se vuelve un tanto ilusorio, puesto que de un lado la persecución penal cuenta con mecanismos institucionalizados y especializados. Incluso con recursos económicos bastos, no siendo así de parte del investigado o procesado. Julio Maier hace una crítica y menciona que, por el hecho mismo de que la fiscalía o ministerio público ha tenido el deber histórico de la persecución penal, ha creado un sistema difícil de equiparar. Maier deja a salvo a las organizaciones delictivas, que serían las únicas que podrían en alguna manera igualar a la entidad estatal.⁵⁰

Aunque esta observación parecería que pudiera estar cubierta con la intervención de otros principios como el de objetividad, la realidad es que la fiscalía se ha posicionado como un persecutor no objetivo. Es decir que, a la mínima presunción de culpabilidad da inicio a una investigación parcializada en contra del denunciado o procesado.

Esta crítica al ministerio público o fiscalía ha posicionado conceptos respecto de la igualdad de armas como el que sigue: “en términos ultra-sintéticos [el principio de igualdad de armas] ordena que el ente acusador y el acusado se encuentren en una misma posición procesal, para que ambas merezcan una misma disciplina jurídica, tanto en lo que se refiere a cargas y deberes como al tratarse de los derechos y potestades que otorga la ley con ocasión de las causas penales”.⁵¹

Ahora bien, en este punto, vemos una incongruencia en la determinación del fiscal para acusar y el principio de objetividad, puesto que, en cierto punto el agente fiscal debe adoptar una parcialización. Al respecto el autor citado anteriormente, refiere que “sólo será parcial la fiscalía si en frente de ella, en su misma posición, a su misma altura y condición se halle un adversario, una real contraparte, que será el imputado-acusado acompañado por su defensor”.⁵²

⁵⁰ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 578.

⁵¹ Miguel Diez Rugeles, “El acusador privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico colombiano”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 50, n.º 133 (2020): 318, doi: <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a04>.

⁵² *Ibid.*, 319.

Con esto se trata de limitar el actuar fiscal, de modo que, el hecho de que en algún punto el fiscal deba parcializarse, no se traduce en un desapego a la igualdad de armas, pues en todo caso, debe ajustarse la igualdad de armas a la posición del fiscal. Esta crítica navega más allá del derecho a la defensa del imputado, y se posiciona en una esfera de defensa *adecuada* y sobre todo técnica. Una defensa deficiente no podría equipararse a una estructura especializada. Por otro lado, si es el caso de que la defensa ha de ser eficiente, existen otros parámetros a considerar, como el acceso a los medios probatorios en igualdad de condiciones.

En este sentido, al referirse a la igualdad de armas, Ferrajoli sostiene que, para que se desarrolle una contienda en igualdad de armas, la defensa debe tener la misma capacidad y poderes de la acusación, y lo puntualiza en dos aspectos, el primero en la capacidad de la defensa, y en segundo lugar el poder que posea la defensa del acusado, ósea que se debe contar con un defensor que pueda competir con fiscalía, así como unas atribuciones que le permitan obrar en igualdad.⁵³

Como lo habíamos mencionado antes, los agentes fiscales son profesionales especializados en el derecho penal, e incluso se especializan en ciertos tipos de delitos. Esto los convierte en expertos en procesos penales, en este sentido, podemos afirmar que la contienda posiciona a la fiscalía en un espacio privilegiado, y por encima de la posición del procesado que tiene que estar a disposición de un defensor que sus recursos económicos puedan pagar, o en su defecto, por un defensor público cuya carga laboral lo obliga a realizar defensas escuetas que no pueden igualar a la fiscalía. Es necesario enfatizar en que la presencia de un defensor no es suficiente, sino que debe incorporar en sí un manejo de la materia, y de esta manera pueda equiparar la capacidad del ente acusador.

El otro aspecto que menciona Ferrajoli se circunscribe a los *poderes* que deben tener las partes para actuar en un proceso, este aspecto es más importante que el anterior y tiene que ver con las facultades investigativas de las partes, de tal forma que ambas partes puedan tener las mismas capacidades para acceder a pruebas y actuaciones, de manera que la fiscalía no tenga y no pueda tener ventaja sobre el acusado. En este sentido, el legislador no podría en ningún caso crear “privilegios procesales”⁵⁴ en favor de fiscalía.

⁵³ Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Madrid: EditorialTrotta, 1995), 614.

⁵⁴ José Vicente Gimeno Sendra, *Manual de derecho procesal penal: adaptado a la lo 5/2010, de modificación del código penal y a ley 13/2009, de reforma de la LECrim sobre la Oficina judicial*, 2.^a ed (Madrid: Ed. COLEX, 2010), 58.

Al igual que en el principio de *igualdad como no discriminación*, cualquier reforma procesal que ponga en ventaja a la fiscalía, no debe contener criterios irracionales o funcionales inválidos, como sucedería en una supuesta inversión de la carga probatoria.

7. Garantías normativas del derecho a la defensa

Las garantías normativas son las que se encargan de crear todo tipo de leyes, que desarrollen los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados internacionales. La idea radica en que un Estado debe establecer normativa que pueda efectivizar un derecho constitucional, y a la vez plantea que los órganos legislativos puedan determinar legalmente, límites o restricciones de los mismos en ciertos ámbitos y circunstancias. A nivel general, se podría decir que éstas garantías son prescripciones que detallan la exigibilidad de un derecho, traduciéndose como una herramienta de orden legal que poseen los derechohabientes.

En este sentido, cabe mencionar que la Constitución de la República del Ecuador, establece en su artículo 84 lo siguiente:

Art. 84.- 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 o de las comunidades, pueblos y nacionalidades. En ningún caso, la reforma de la Constitución, las leyes, otras normas jurídicas ni los actos del poder público atentarán contra los derechos que reconoce la Constitución.⁵⁵

Como vemos, este artículo de manera general puntúa las actuaciones de los órganos legislativos, y enmarca la creación de normas en la protección de derechos y determina el ámbito sobre el cual deben actuar dichas leyes, y sitúa a la Constitución y a los tratados internacionales como fuentes principales de la normativa interna del Estado.

Dentro de lo que respecta al derecho a la defensa, las garantías normativas se encuentran amparadas en todos los cuerpos legales, tomando como premisa las disposiciones constitucionales establecidas en el artículo 76 de la CRE. Así mismo, el constituyente ha creído que en los procesos penales el derecho a la defensa se constituye como un eje fundamental para un juicio justo, teniendo en cuenta que nuestro sistema penal contempla como pena habitual la privación de la libertad, siendo una pena de

⁵⁵ Decreto legislativo 0, Constitución de la República del Ecuador, art.84.

carácter restrictiva, pues restringe el ejercicio de uno de los derechos considerados de mayor valor para el ser humano, *la libertad*.

Si realizamos una recopilación de las disposiciones normativas existentes que giran en torno al derecho a la defensa, tenemos las siguientes: i) Disposiciones constitucionales: artículo 76, numeral 7, literales de “a” al “f”; artículo 77, numeral 7, literales “a” al “c”; ii) Disposiciones legales: COIP, artículos 2, 5, 451, 452.

El derecho a la defensa no solo está ligado a prescripciones normativas que determinen la presencia de un defensor, o la existencia de normas que provoquen la participación activa del procesado en el juicio penal. El derecho a la defensa se traduce en la capacidad y oportunidad que tengan las partes procesales para diligenciar, y aportar pruebas en un proceso, la cual debe llevarse a cabo bajo el principio de igualdad de armas.

Con ello lo que se pretende evitar es que el poder estatal que yace sobre la fiscalía, desbalance el juicio; o en su defecto, que este mismo poder estatal no se ponga en manifiesto para la impunidad de delitos con una investigación escueta o se vuelva sumisa a la voluntad de actores políticos, o a poderíos delincuenciales. Como lo habíamos trastocado anteriormente y parafraseando a Maier, quienes tienen la capacidad de igualar al poder persecutor estatal son las organizaciones delincuenciales,⁵⁶ de tal manera que, en la práctica, la fiscalía se enfocaría solo en delincuentes de media y baja categoría, profundizando un Estado fallido en el control de actos delictivos.

Así las cosas, el artículo 454 del COIP, en su numeral 4, se refiere a la libertad probatoria como un principio en el cual determina que los hechos podrán probarse en uso de cualquier medio, siempre y cuando no sea contrario a la constitución, instrumentos y tratados internacionales, derechos humanos, y normas jurídicas.⁵⁷ Este artículo se presenta como un garante de la libertad probatoria, sin embargo, para un análisis más detallado, es necesario remitirnos a lo que permiten o no estas normas jurídicas de las que refiere el texto legal, debido a que el principio de libertad probatoria es amplio, y en un sentido estricto se circunscribe a las permisiones de carácter legal, de tal manera que el alcance de este principio se encuentra en la misma ley.

Aunque en materia penal y por acción del principio de inocencia, la carga de la prueba recae sobre el ente acusador, las defensas pasivas en las que el procesado solo espera a que fiscalía produzca prueba y el rechazo sea meramente argumentativo, no es una de las defensas más efectivas puesto que no basta con esgrimir argumentos que

⁵⁶ Maier, *Derecho Procesal Penal*, 576.

⁵⁷ Ecuador, *COIP*, art. 454.

contraríen una prueba, sino que la contradicción se basa también en la producción de pruebas que contraríen un hecho que se presume verdadero. En este sentido, la defensa del acusado parece estar limitada a las atribuciones que se le han dado a la misma, las cuales en un plano ideal deben contrastarse, y equipararse con las atribuciones de fiscalía en el ámbito del principio de libertad probatoria.

En resumen, las garantías normativas en el derecho a la defensa deben propender a la protección de derechos de las partes, y deben reflejar la igualdad de armas con facultades y atribuciones equiparables entre los contrincantes. Con esto no nos queremos apartar de los discrímenes racionales, siempre y cuando sean escasos, necesarios y no repercutan en la labor probatoria y contradictoria de las partes, de tal manera que el aporte normativo por parte del legislador debe responder necesariamente al principio de igualdad de armas.

Capítulo segundo

El principio de igualdad de armas desde una perspectiva material

Si bien el *habitus* tiende a reproducir las condiciones objetivas que lo engendraron, un nuevo contexto, la apertura de posibilidades históricas diferentes, permite reorganizar las disposiciones adquiridas y producir prácticas transformadoras.⁵⁸
(Néstor Canclini)

En el primer capítulo abordamos de forma teórica la relevancia de los principios y derechos procesales que marcan el correcto desarrollo del proceso penal. Con ello hemos establecido que la igualdad de armas en todo el proceso penal tiene vital relevancia para poder hacer efectivos otros derechos y principios, asegurando que la legítima contradicción solo se da cuando existe una igualdad de armas.

En este segundo capítulo, vamos a transportarnos a lo material mediante el estudio de dos casos que este investigador ha considerado relevantes, debido a que se circunscriben al actuar cotidiano de los agentes fiscales, y por lo tanto no están cargados de presión mediática como sucede en los casos representativos. En palabras sencillas, son casos simples, cotidianos y que causan impacto en la *gente de a pie*.⁵⁹

Sin embargo, antes de proceder al estudio de estos casos, hemos creído conveniente sustentar nuestro argumento en la interdisciplinariedad, apoyándonos en teorías y críticas sociológicas, que se constituyen como la base de nuestro argumento respecto de la carga subjetiva del agente fiscal, y de la constitución de los sujetos en el proceso penal.

La teoría sociológica que usaremos será la de Pierre Bourdieu, denominada *teoría de los campos*. Esta teoría nos servirá para determinar como sucede la interacción entre sujetos en la contienda, por la destrucción o conservación del principio de inocencia, y en consecuencia la determinación de la culpabilidad de un hecho presuntamente punible. A más de ello, se enfatiza en el concepto de *habitus* desarrollado por Pierre Bourdieu, mediante el cual se intenta poner en evidencia cómo el constructo del sujeto influye en la

⁵⁸ Néstor García Canclini, “Gramsci con Bourdieu. Hegemonía, consumo y nuevas formas de organización popular”, *Nueva sociedad* 71 (1984): 69–78.

⁵⁹ En el argot popular esta frase se refiere a personas que no son: social, económica o políticamente visibles. Se refiere al común ciudadano.

investigación fiscal, de tal manera que las prácticas que se reproducen en el campo pueden afectar la objetividad institucionalizada.

Otro concepto que utilizaremos será lo que se denomina como *producción de estatus*, como una forma de mirar la lucha en un campo determinado, que tiene como finalidad la destrucción del principio de inocencia y *la producción* de la víctima y el victimario al final de la contienda.

Estas dos perspectivas sociológicas las interrelacionamos entre sí, las incorporamos al análisis de casos como una herramienta metodológica para darle sentido a nuestro argumento, generando relevancia en las teorías aplicadas, y en los casos estudiados.

1. La teoría de los campos de Pierre Bourdieu, como una herramienta metodológica para entender la parcialización de la fiscalía

En esta segunda parte de nuestra investigación, estudiaremos dos casos en donde se puede muestra como la fiscalía actúa en la investigación del delito, a la vez que, pretendemos dar a conocer como el monopolio de la investigación puede afectar a los investigados/procesados o víctimas, y en consecuencia al principio de igualdad de armas, puesto que en el ejercicio de las atribuciones ejercidas por el fiscal puede existir parcialidad.

En el capítulo anterior, se mostró la existencia de un punto de inflexión en la investigación del delito por parte de fiscalía, este punto crítico se evidencia cuando el agente fiscal se parcializa, es decir, es el nudo crítico más alto dentro de la investigación, el cual tiene como producto, la manifestación de un dictamen fiscal en investigación preprocesal, y el ejercicio de la acusación en la etapa procesal.

A manera de introducción, valdría hacer una pequeña reflexión sobre la parcialidad que provoca este nudo crítico. Esta problemática la podríamos entender de mejor manera haciendo uso de la teoría sociológica que nos brinda Pierre Bourdieu, dado que, en su teoría de los campos, sostiene que los individuos se encuentran investidos de *habitus*, como forma estructurada que influye en el ejercicio de la dominación.

Sobre el concepto de campo, Bourdieu se ha remontado a los sociólogos clásicos como una forma de distinguir las sociedades primitivas, de las sociedades modernas y

más complejas; de esta forma, asegura que Durkheim⁶⁰ ha establecido que las sociedades arcaicas o precapitalistas, no tienen *universos sociales*.

Bajo esta premisa, Bourdieu ha logrado identificar a un cúmulo de universos que componen una misma sociedad. A estos universos sociales, los ha pasado a denominar *campos*, los cuales son autónomos y tienen leyes propias, de los más evidentes y mencionados por el autor, están los campos: económico, político, del arte, etc. Esto provoca que cada campo tenga leyes fundamentales e irreductibles, cuyo *nomos* provoca un interés particular en las personas, de tal manera que pueden existir tantos campos como *intereses*.⁶¹

Ahora bien, estos campos se encuentran estructurados por un conjunto de reglas mediante las cuales se puede acceder, luchar, y permanecer en el campo, según Blanco Lizano, en su interpretación sobre la teoría Bourdiana, sostiene que un campo está estructurado por tres aspectos principales: i) intereses, agentes dotados de un *habitus*, y reglas propias; ii) una relación de fuerzas entre los agentes con capitales acumulados, y estrategias; iii) un acuerdo entre los agentes de que existen intereses comunes vinculados a la existencia misma del campo.⁶² Por lo tanto, una contienda en un campo, es una situación una lucha de capitales adquiridos, con la finalidad de lograr la dominación o acumulación de capitales por sobre los demás.

Otro de los conceptos claves en esta teoría social, es el de *capital*; cabe destacar, que este es uno de los conceptos más complejos planteados por Bourdieu, debido a su relacionalidad con el campo mismo, pues “[e]n cada campo hay formas específicas de capital que actúan como fuerzas y los individuos o los grupos luchan por mantener o alterar la distribución de esos capitales”.⁶³ Lo que si es cierto, es que los capitales actúan

⁶⁰ Emile Durkheim en su libro *las formas elementales de la vida religiosa*, nos habla sobre *el clan* como una sociedad primitiva, en la cual, se puede observar que no existe una diferenciación compleja entre individuos, al contrario, se encuentran unidos por un vínculo de parentesco, explicando que el término parentesco no implica una relación consanguínea, sino más bien una forma simbólica de familia con deberes idénticos, cuyo elemento diferenciador en el colectivo social es representado por un elemento simbólico denominado *tótem*. Émile Durkheim, *Las formas elementales de la vida religiosa* (Buenos Aires, Argentina: Schapire S.R.L, 1968), 108.

⁶¹ Pierre Bourdieu, *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*, trad. Thomas Kauf, 4a. ed (Barcelona: Anagrama, 1997), 149–51.

⁶² Randall Blanco Lizano, “Campos, relaciones y redes de poder: debates teóricos para la comprensión de las disputas por el control del Estado”, *Revista Reflexiones*, 2011, 99, doi:10.15517/tr.v0i0.1526.

⁶³ José Manuel Fernández Fernández, “Capital simbólico, dominación y legitimidad. Las raíces weberianas de la sociología de Pierre Bourdieu”, *Papers. Revista de Sociología* 98, núm. 1 (2013): 36, doi:10.5565/rev/papers/v98n1.342.

como fuerzas, las cuales enmarcan las estrategias de los agentes para su participación en la contienda que sucede en un campo determinado.

A todo esto, a nuestra interpretación, una de las formas de capital que no se puede pasar por alto, es la de *capital simbólico*. Aunque el sociólogo francés en sus libros haya descrito varios tipos de capitales como el económico, el cultural y el social, el que para nosotros tiene una especial relevancia, es el capital simbólico debido a que no tiene un concepto específico, y depende de la percepción de los agentes sociales,⁶⁴ lo cual puede manifestarse incluso como la suma de los rasgos de otros capitales, por lo tanto, “[e]l capital simbólico es un capital de base cognitiva, que se basa en el conocimiento y el reconocimiento”.⁶⁵

El capital se consolida como una de las herramientas de los agentes, sin embargo, existen *estructuras interiorizadas* que influyen en los agentes. A estas estructuras interiorizadas, Bourdieu ha denominado *habitus*. El sociólogo francés ubica la premisa para este concepto en la teoría práctica, señalando que “los objetos de conocimiento son construidos, y no pasivamente registrados [...], [y] que el principio de dicha construcción es el sistema de las disposiciones estructuradas y estructurantes”.⁶⁶

Explicado en forma resumida, las prácticas históricas, así como las experiencias se estructuran en formas y principios de vida, estas prácticas se vuelven individuales y colectivas, es decir, que un grupo social puede tener prácticas comunes que son exteriorizadas, y que los agentes las interiorizan. Las estructuras que se interiorizan se organizan bajo esquemas de percepción de pensamientos y de acción, que se perpetúan en el tiempo y moldean el uso de capitales en un campo determinado, pues las estructuras contienen en sí mismas principios de continuidad y regularidad; por lo tanto, el *habitus* es el producto de estas estructuras, y solo “[a] través de él, la estructura de la que es el producto gobierna la práctica”⁶⁷

Así las cosas, las reglas que determinan una diversidad de campos tienden a ser repetitivas en su forma y estructura; sin embargo, no se puede concebir los campos como iguales, pues las estructuras de los campos son únicas debido a que organizan y

⁶⁴ “El capital simbólico es la energía social basada en esas relaciones de sentido. Este capital se funda en la necesidad que tienen los seres humanos de justificar su existencia social, de encontrar una razón de existir socialmente”. César Germaná, “Pierre Bourdieu: La Sociología del Poder y la Violencia Simbólica”, *Revista de Sociología* 11, núm. 12 (1999), https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/sociologia/1999_n12/art016.htm.

⁶⁵ Bourdieu, *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*, 152.

⁶⁶ Pierre Bourdieu, *El sentido práctico*, trad. Ariel Dilon, Primera edición de Siglo XXI en España (Madrid: Siglo XXI, 2008), 85.

⁶⁷ *Ibid.*, 87–90.

distribuyen el capital, y lo posicionan jerárquicamente; de tal manera que, el que más capital tiene, tiene más dominio, poder y decisión.

De lo que se entiende como límites dentro de un campo, de forma general podemos decir que el agente nunca puede hacer algo demasiado subversivo que pueda ocasionar la expulsión del campo. La comprensión de esta particularidad podría resumirse en la siguiente cita:

Aquellos que, dentro de un estado determinado de la relación de fuerzas, monopolizan (de manera más o menos completa) el capital específico, que es el fundamento del poder o de la autoridad específica característica de un campo, se inclinan hacia estrategias de conservación -las que, dentro de los campos de producción de bienes culturales, tienden a defender la *ortodoxia*-, mientras que los que disponen de menos capital (que suelen ser también los recién llegados, es decir, por lo general, los más jóvenes) se inclinan a utilizar estrategias de subversión: las de la *herejía*.⁶⁸

La disputa de poder, se inscribe bajo el hecho de que aquellos que tienen la mayor parte del capital, son quienes ostentan el poder en determinado campo, mientras que los que tienen menos capital son los que se constituyen como dominados. Ahora bien, la forma en que interactúan esta lucha de capitales, se relaciona íntimamente con el habitus, es decir con estas estructuras que han construido al sujeto, y sobre el cual se ha reproducido una estructura que permitirá mantenerla, y sostenerla dentro de un campo.

Parte de la dominación es también el sostenimiento de la estructura, y de las instituciones dentro de los campos, cuyo capital acumulado permite que los dominados puedan solo en ciertas condiciones sublevarse. No olvidemos la premisa última de mis consideraciones anteriores, esto es, que por más subversivo que quiera ser el sujeto, no puede actuar de forma tan revolucionaria que le provoque una expulsión del campo. Si no que tiene que someterse a las reglas preestablecidas del campo, de tal manera que el cambio va a ser paulatino, la subversión como acción lo será solo en la medida que mantenga al agente dentro del campo.

Finalmente, cabe mencionar que las contiendas que suceden dentro de los campos, tienen como objetivo el poder y la dominación de dicho campo, el cual puede conllevar a la acumulación de capitales que puede ser utilizado en otros campos. Por ejemplo, sobre el campo artístico, Bourdieu lo sitúa dentro del campo del poder, el cual a su vez se encuentra en el espacio social.⁶⁹

⁶⁸ Pierre Bourdieu, *Campo de poder, campo intelectual: itinerario de un concepto* (Buenos Aires: Montessor, 2003), 121.

⁶⁹ Bourdieu, *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*, 67.

Así mismo, el autor en aplicación a su teoría, explica que el Estado se podría considerar como el resultado de la concentración de capitales, que “convierte al Estado en poseedor de una especie de metacapital, otorgando poder sobre las demás clases de capital y sobre sus poseedores”.⁷⁰ Este metacapital otorga al Estado un poder específico de dominación, que puede actuar ya sea sobre otros campos así como sobre otros tipos de capital, de ahí que los diferentes tipos de capital pueden tender a la lucha por el capital estatal debido a que por ser un metacapital, es la forma máxima de poder reproducir estructuras. Dicho de otro modo, el agente que tenga el poder estatal obtiene el poder de reproducción.

Ahora bien, entender la teoría de los campos nos ayuda a comprender como el *habitus* estructurado, influye en la parcialización del agente fiscal, además de que la teoría de campos propone el hecho de que los capitales, así como la cantidad de capital que se posea, son elementos indispensables en la batalla decisoria del campo en disputa.

Con todo esto, a lo que queremos llegar es que, la fiscalía se constituye como el monopolio que posee el capital investigativo con una gran aparataje y facultades de orden legal. De esta manera el Estado ha volcado todas las facultades de persecución del delito en la fiscalía, de tal manera que no deja a la suerte la investigación de hechos presuntamente punibles, puesto que esto garantiza no solo que la conducta sea penada, sino que además sostiene la estructura social, a la vez que, da las garantías a la víctima de que la sociedad que ha conformado el Estado, es funcional y, por lo tanto, no existe peligro de ruptura del tejido social.

Es necesario posicionar a la fiscalía, como aquel órgano institucionalizado, que se encarga de estructurar el elemento indiciario de la constitución, o producción de estatus de la víctima y el victimario. Dicho de otro modo, la fiscalía tiene un papel importantísimo como órgano que se encarga de romper el principio de inocencia, y llevar hacia el campo de la determinación de un hecho fáctico, como injusto y contrario a lo normado. En este sentido, podríamos deducir que, del trabajo del agente fiscal se deviene la constitución de la víctima y del victimario.

⁷⁰ Ibid., 99.

2. La fiscalía en el proceso de producción de la víctima y el victimario

Ana Guglielmucci, sostiene que “la categoría de víctima/victimario es ambigua y flexible, y de ahí emana su gran potencia como recurso clasificatorio para demandar el acceso a prerrogativas estatales y transnacionales a través de la apelación a una razón humanitaria que enmarca los eventos violentos y delinea la posible enmienda de los daños causados”.⁷¹

Como vemos, este autor resalta la ambigüedad de los términos, lo cual supone que la forma en que se conceptualizan estas categorías no es unívoca, sino que obedecen a la dinámica del contexto. De este modo, el discernimiento de la legitimización de quien ostenta esta categoría entra en discusión, no solo en la forma en que él, o los agentes externos miran a quien se disputa la calidad de víctima, sino como el agente propio se concibe así mismo. Por lo tanto, puede existir un sentimiento de victimización, sin que sea reconocido por los agentes externos, mientras que, en sentido contrario puede haber un reconociendo externo y no un sentimiento en el agente.

El reconocimiento de la calidad de víctima como una serie de actos normativos que determinan quien, y en qué sentido se es una víctima viene dada desde lo jurídico, desde una forma positiva/normativa. Así, el Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 441, señala las características de la víctima, en donde de forma resumida, nos manifiesta que se trata de toda persona, natural o jurídica [incluso el Estado] que haya sido afectado por un daño ocasionado por una infracción debidamente tipificada en el COIP, en este mismo artículo su inciso final sentencia “La condición de víctima es independiente a que se identifique, aprehenda, enjuicie, sancione o condone al responsable de la infracción o a que exista un vínculo familiar con este”.⁷²

Si contrastamos estos presupuestos normativos con el principio constitucional de inocencia, la calidad de víctima se otorga únicamente cuando el injusto penal ha sido probado en juicio, aunque respecto de la premisa anterior no existe mayor crítica. Lo que sí es importante, es la determinación de las víctimas de los delitos en donde el daño es extensivo y de difícil determinación, lo cual no solo genera una expectativa reparatoria en

⁷¹ Ana Guglielmucci, “El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia”, *Revista de Estudios Sociales*, núm. 59 (enero de 2017): 87, doi:10.7440/res59.2017.07.

⁷² COIP Ecuador, *COIP*, art. 411.

ciertos agentes, sino que además puede existir una desvinculación por considerarlos colaterales con un mínimo impacto.

Más allá del argumento esgrimido anteriormente, la calidad de víctima desde la sociología, y aunque tiene paralelismos con la lente normativa, existen sobre actos que no generan ese sentimiento de victimización, que vendría acompañado de los actos declarativos de un efecto dañoso tipificado en lo normativo. Como bien lo manifiesta Guglielmucci, refiriéndose a las mujeres exmilitantes de las organizaciones revolucionarias en Argentina, “la autodescripción como víctimas les resultaba problemática, pues consideraban que ellas no habían sido sujetos inertes, sino que habían tomado opciones de vida arriesgadas que pudieron implicar, ente otras decisiones complejas, ‘matar o morir’”.⁷³

La autodeterminación de la calidad de víctima genera una discusión entre lo normativo y lo sociológico, debido que, a los ojos del Estado, considera víctimas a estas mujeres, mientras que, en la narrativa de ellas, la categoría víctima no se colige con sus intereses revolucionarios, y por lo tanto se vuelve contraproducente a los objetivos de su lucha. La decisión de lucha transforma las consecuencias, o los resultados dañosos que se producen en éstas, de tal manera que el daño es solo una consecuencia sin víctimas.

A todo esto, debemos añadir que, la construcción de la víctima implica en un primer momento el reconocimiento de esta. Este reconocimiento obedece a un proceso, el cual se colige con el presupuesto del párrafo anterior, debido a que no solo se construye a la víctima sino también al victimario, no basta con sentirse víctima, o hacerse la víctima. Las condiciones de producción sugieren un dinamismo, es decir, que puede existir incluso un reversimiento entre víctima y victimario.

Sandrine Lefranc, sostiene que esta construcción de la víctima y victimario, obedecen a una “*producción de status*, en el que contribuyen y participan diversas categorías de actores, y que puede interrumpirse cuando los elementos que apoyan la expectativa de reconocimiento no son suficientemente concluyentes”,⁷⁴ con ello la autora citada, plantea que se debe discernir entre aquellas víctimas dudosas y una víctima certificada, pues entonces estaríamos ante un proceso, en donde haciendo usos de medios equitativos y de terceros objetivos e imparciales, se haga el discernimiento entre las víctimas y los victimarios.

⁷³ Guglielmucci, “El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos”, 87.

⁷⁴ Sandrine Lefranc, “Sobre las (probables) movilizaciones de víctimas”, en *Víctimas: debates sobre una condición contemporánea*, ed. Diego Zenobi (Argentina: Teseo, 2023), 288.

Para la autora, la víctima se debe construir desde los presupuestos normativos, planteando que la prueba debidamente valorada, es fuente de la certificación de la víctima. Aunque este criterio parece acertado, la intervención de terceros en la historia de la constitución de la víctima juega un papel importante, debido a que la víctima no siempre ha tenido una voz. Incluso existe una especie de relevo, en el ejercicio del acto de reclamo, pues no solo es un daño con afecciones puntuales, sino que desde el Estado se mira como una afección a la constitución de la sociedad, de ahí que los delitos se clasifican en delitos de acción pública y privada, siendo en nuestro catálogo de delitos solamente tres los que son de acción privada.

El Estado se ha constituido como persecutor del delito, y maneja el monopolio de la Justicia. En los primeros tiempos la víctima no tenía mayor relevancia en el proceso, sin embargo, la víctima empieza a ingresar mucho después, cuando los actos dañosos empiezan a generar un descontento que genera movilizaciones sociales, es entonces cuando se empieza a tomar en cuenta a la víctima con fines reparativos. Sin embargo, su participación aún es incluso limitada. La inclusión de la víctima en el proceso de producción tiene sus matices en el rompimiento de las reglas sociales, como una falta al contrato social que, de ser impune, y como habíamos mencionado antes, puede generar una fractura en el sistema social.

Ahora bien, este proceso de constitución del que hemos hablado es en el que interviene la fiscalía, el procesado e incluso la víctima. Es necesario hacer énfasis en que, la fiscalía en su labor investigativa determina, quien o quienes pueden constituirse como víctimas y victimarios, la idea aquí es poner en evidencia que el proceso constitutivo está en manos de un solo órgano con atribuciones extensas y concentradas, de las cuales depende esta constitución y/o producción.

Lo que se percibe desde la lente crítica de este investigador, es que el *habitus* del que hablamos en el apartado anterior, se relaciona íntimamente con el proceso de producción de estatus, pues no podemos apartarnos de lo que construye al sujeto, o lo que es lo mismo, al agente fiscal, ni tampoco podemos garantizar que su investigación será cien por ciento objetiva. El otorgar todas estas facultades a un solo órgano, no solo origina una persecución ávida en la búsqueda de los elementos de culpabilidad del investigado/procesado, sino que además puede originar que el proceso de constitución sea fallido.

Con lo antes dicho, hemos creído conveniente, que para conectar lo teórico con lo práctico es necesario un estudio de casos puntuales que puedan mostrar las premisas

planteadas en la línea argumentativa puesta a consideración. En los casos que estudiaremos a continuación, se evidencian las prácticas de los agentes fiscales en la investigación del delito.

Los casos nos muestran tanto las actuaciones que vuelcan al agente fiscal en una investigación parcializada de una conducta presumiblemente punible, así como las prácticas pasivas en una investigación. Todas ellas girando en la subjetividad del agente fiscal, que ponen en evidencia como el proceso de constitución de la víctima y el victimario. Contiene un vicio en el principio de objetividad, que navega más allá de lo permitido por la norma, pues las actuaciones pasivas o activas (según el caso), vulneran el principio de igualdad de armas en el proceso penal, dado que desde su subjetividad desatienden las diligencias investigativas.

3. Estudios de casos: una mirada a la praxis del monopolio de la persecución del delito

La presente investigación ha centrado su análisis en las actuaciones de la fiscalía, y particularmente en las actuaciones del agente fiscal, en la investigación de presuntos hechos punibles. Para ello se ha considerado como parámetros de análisis, las actuaciones en torno a las facultades concebidas por la Constitución y la Ley, así como la forma en que estas facultades han sido diligenciadas por el ente investigador, en relación con los principios procesales, y con los impulsos ya sean de parte del procesado o de la víctima.

Se han tomado como presupuestos teóricos de análisis (a más de los principios procesales principalmente la igualdad de armas) algunos otros criterios, como la subjetivación del sujeto, y la acumulación de capitales en base a la teoría Bourdiana, esto nos dará una perspectiva de como las facultades que constituyen la desigualdad de armas, se sujetan a la subjetivación que parcializan la investigación del agente fiscal.

Para este apartado, se analizarán dos casos puntuales⁷⁵ dentro de los cuales se cubren los dos supuestos de parcialización del agente fiscal, el primero que es la mirada

⁷⁵ Se escogieron dos casos que se analizan desde la fase investigativa, para poder evidenciar las actuaciones del agente Fiscal, aunque todos los procesos penales constan de una fase investigativa, los casos escogidos tienen una evidente desatención sobre ciertas diligencias investigativas.

El primer caso se analiza la fase de instrucción fiscal, en donde el agente encargado del caso realiza una investigación activa en favor de la presunta víctima, realizando actuaciones de forma diligente que amparen su teoría del caso, y desatendiendo las diligencias solicitadas por parte del procesado, incluso realizando actos positivos que dejaban en desventaja a la defensa, eso provocó que la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio tuviera dos suspensiones a causa de esta desatención que ponían en desventaja al procesado.

desde el procesado quien es perseguido por el fiscal; y, el segundo que es la mirada de quien se siente víctima y en tal sentido solicita al menos una investigación imparcial. Estos dos casos se sostienen tanto en el análisis documental como en el análisis de entrevistas, en donde los intervinientes hacen resonar su voz, pensamientos y perspectivas, tanto de las actuaciones del agente fiscal como del sistema de justicia propiamente dicho.

La primera entrevista se la ha realizado al abogado encargado de la defensa técnica del procesado, quien da fe de la imperiosa y agotadora labor de la defensa técnica, cuando existe una parcialización inquisitiva del fiscal. Mientras que la segunda entrevista, se la realiza a la persona denunciante de un hecho presuntamente punible y que causo afección a su estatus jurídico, debido a que ella cree que su situación es un injusto por falta de debida diligencia, en un abuso propio de las facultades concedidas a fiscalía.

3.1. Caso daños materiales en accidente de tránsito

Juicio 11314-2020-00316. Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Paltas, provincia de Loja.

Resumen del caso. El 3 de septiembre del año 2020, en la vía que conduce del barrio San Vicente, hacia el cantón Catacocha,⁷⁶ se suscitó un accidente de tránsito entre dos vehículos, el primero conducido por el señor J.T, y el otro conducido por el señor A.S. La policía nacional siguiendo el protocolo realizó el parte de los hechos, para finalmente retener los vehículos y llevarlos al patio de retención vehicular de la ciudad de Catacocha. Producto de los hechos narrados anteriormente, se produjeron daños materiales a los vehículos, de los cuales se disputaría a posterior la culpabilidad del accidente de tránsito.

El día 4 de septiembre del año 2020, el fiscal encargado del caso, emite el primer impulso fiscal para esclarecer los hechos, en el cual solicita que se practiquen las siguientes diligencias: i) versión del señor J.T, ii) versión del señor A.S, iii) versión de

Por su parte el segundo caso, nos muestra la otra cara de la moneda, sucediendo que en la fase de investigación previa, el agente fiscal actúe de forma pasiva frente a los pedidos de diligencias que solicita la parte que se cree víctima, lo cual ocasiona que falta de impulso, así como el desinterés debido a sus convicciones, lo cual ocasiona que no cubrieran ni un mínimo de las diligencias necesarias, pues al ser un caso de estafa y de falsedad material de documentos, las diligencias mínimas son las tendientes a probar la veracidad de los documentos que se presumen materialmente falsos.

⁷⁶ El cantón Catacocha queda ubicado en la provincia de Loja, a noventa minutos de la capital provincial.

los señores agentes de policías que conocieron del accidente, iv) reconocimiento del lugar de los hechos, v) avalúo y determinación de los daños de los vehículos, estudio de la dinámica del accidente, así como la causa basal y concurrente.

La defensa del señor A.S sostenía que la culpa del accidente debía ser atribuida al otro conductor, debido a que había invadido su carril y, por lo tanto, ocasionó el accidente que había dejado daños materiales.

Por la otra parte, el señor J.T aseguraba que la culpa no había sido solo suya, sino que se trataba de una responsabilidad compartida, debido a que el accidente había sucedido en una vía de tercer orden, en donde no existe señalética y a la vez, es una vía estrecha que no permite la circulación en ambos sentidos, por lo tanto, el señor A.S debió haber frenado, y orillado para que puedan caber ambos automotores en la vía.

Finalmente, y después de un proceso que duro desde septiembre del año 2020, concluye con sentencia emitida en marzo del año 2021. La sentencia fue dictada luego de que el procesado J.T, se sometiera al procedimiento abreviado por el delito tipificado en el artículo 380 del COIP. En la sentencia se manda a pagar la cantidad de USD 6,500.00 por el concepto de reparación integral, dos salarios básicos unificados por concepto de multa y nueve puntos menos a su licencia de conducir.

3.2. Denuncia por estafa, fraude procesal y uso doloso de documento falso

En el año 2020, los esposos F.T y P.M denunciaron al señor M.M por los hechos que presumían un concurso ideal de infracciones dentro de las cuales figuraban los siguientes delitos: estafa, falsificación y fraude procesal. Es así que en la fiscalía de patrimonio ciudadano del cantón Zamora, se abrió un expediente de investigación previa.

Resumen del caso. El 08 de julio del año 2019, los denunciantes fueron demandados ejecutivamente por el cobro de dos letras de cambio, en dos procesos distintos signados con los números 19332-2019-00429 y 11203-2019-00430, el primer proceso fue por el cobro de una letra de cambio de USD 8,000.00 y la segunda letra era por el valor de USD 12,500.00.

Las letras de cambio se habían originado a raíz de un proceso de negociación de la compra de una casa, en este sentido el señor M.M había ofertado el bien inmueble, y para realizar la compra llegaron al siguiente acuerdo: i) se daría un anticipo de USD 22,000.00; ii) la entrega del bien inmueble seria de inmediato; iii) la diferencia (USD

63,000.00) serían pagados dentro de 100 días contados desde la suscripción de la promesa de compraventa.

En esta dinámica de negociación, los denunciantes suscribieron las dos letras de cambio, la primera por la cantidad USD 8,000.00, y una segunda cambial por la cantidad de USD 2,500.00, ambas por garantía de pago de la compra de la casa que les habían ofertado, sin embargo, la compra venta nunca pudo hacerse efectiva debido a que los denunciantes no lograron pagar la diferencia, de tal manera que llegaron a un acuerdo de mediación en el centro de mediación del cantón Zamora, con el cual se daba por concluido todo el asunto de la negociación fallida de la compraventa de la casa. El acuerdo se resumía en: i) la devolución de la casa; ii) el señor M.M reconocería el valor introducido por mejoras; iii) concluido aquello no habría valores por liquidar. Sin embargo, por desconocimiento de los denunciantes, no exigieron que se les devuelva dichas letras de cambio, pues estaban convencidos que el acta de mediación suscrita anulaba cualquier otro documento derivado de dicha negociación.

Efectivamente, el señor M.M procedió a demandar a través de dos procesos ejecutivos, el primero con un cambial de USD 12,500.00 cambial en la cual se advierte la alteración por adición, pues se le interpuso el número “1”, para que se pueda demandar por la suma de USD 12,500.00 y no de USD 2,500.00 y el segundo proceso por un cambial de USD 8,000.00 dólares, argumentado en sus fundamentos de hecho la existencia de préstamos de dinero.

Bajo estos acontecimientos la defensa de los denunciantes, construyó su teoría del caso, y concluye en su denuncia, que existió el cometimiento de varios delitos, a través de un concurso ideal de infracciones, y que debían investigarse en un solo proceso, e imponerse la pena de la infracción más grave: i) El denunciado, fraguó una estafa pues hizo firmar un documento denominado *promesa de compraventa*, pero no conforme las reglas del art. 1570 del Código Civil, lo cual impedía el cumplimiento de la misma. Posteriormente, presenta demandas civiles con cambiales que suscribieron en garantía, para artificioosamente demandarlas en juicio civil y obligar a los denunciantes a pagar una deuda inexistente, pues resulta ilógico que frente al hecho de no poder cancelar el saldo del documento de promesa de compraventa el denunciado haya prestado USD 8,000.00 y USD 12,500.00 (delito de estafa); ii) Alteró una letra de cambio que se había suscrito por la cantidad de USD 2,500.00 y que artificioosamente le adicionó el número “1” a la cantidad real, para poder demandar una cambial de USD 12,500.00 (delito de falsificación); y, iii) Cambiando artificioosamente el estado de las cosas, (sobre las

cambiales, sin existir préstamo de dinero), engañó a los jueces de las causas dentro de los procesos 19332-2019-00429 y 19332-2019-00430, y logró obtener una sentencia a su favor (delito de fraude procesal). Con estos hechos, el denunciado presumiblemente habría cometido varios delitos, configurándose el concurso ideal de infracciones.

Con los hechos antes descritos, se plantea la denuncia, la cual es admitida para ser investigada, a raíz de ello, el fiscal ordena una serie de diligencias investigativas, de las cuales la mayoría son solicitadas por la defensa de la víctima; además de ello la víctima adjunto al expediente fiscal, copia de los procesos ejecutivos y de los audios de las audiencias, en donde el denunciado declaraba que las cambiales únicamente habían estado llenas en la cantidad en números y la firma de los deudores. Bajo juramento había declarado en el proceso ejecutivo, que la cantidad escrita en letras, así como las fechas y demás información constante en los documentos había sido llenado por él, incluso se adjuntó un peritaje grafológico practicado en el proceso ejecutivo en el cual se determinaba que el numero “1”, había sido adicionado y que no correspondía a la misma personalidad gráfica de los otros números.

El núcleo duro de la investigación estaba centrado en la determinación de que el numero “1” de la letra de cambio que se había demandado y sentenciado, tenía falsedad material, y por ende no existía ningún valor por reclamar. Aunque el fiscal ordeno la realización del peritaje grafológico por parte de los especialistas de la Policía Judicial, este nunca se realizó, incluso cuando fue debidamente ordenado. El fiscal se limitó a emitir la orden y no realizar los actos de coerción, a fin de que la policía judicial cumpla con lo ordenado. Por su parte la defensa de la víctima solo pudo limitarse a enviar escritos de impulso que solo eran receptados, pero no atendidos en debida forma. Mientras que la policía judicial se limitaba a decir que solo acata ordenes de fiscalía.

A más de ello, el fiscal determinó que el único delito por el que se había denunciado era el de estafa, y no considero los otros delitos que también se había mencionado. Al transcurrir el tiempo nunca se realizó el peritaje grafológico, y tampoco se tomó en cuenta el peritaje que la víctima había realizado.

Después de 29 meses de abierto el expediente de investigación previa, y habiendo todavía diligencias solicitadas por concluir, el fiscal solicita a la unidad judicial multicompetente de lo penal, el archivo de la investigación previa, y aunque la víctima se opuso la jueza que conoció de la solicitud archivo la investigación, la acepta la bajo el argumento de que los hechos que se habían denunciado ya habían sido discutidos en procesos civiles.

4. Análisis de los nudos críticos de los resultados de las entrevistas

Este apartado va a tratar de mostrar, cómo las personas expresan su visión de los procesos investigativos. Para ello, se les ha entrevistado sobre sus casos concretos, en tres sentidos principalmente: i) la perspectiva o el rol del agente fiscal en la investigación, ii) como estas personas percibieron la actuación fiscal en cuanto a las diligencias realizadas por los mismos, y que impresión dejó en ellos estas actuaciones; y, iii) el análisis de la subjetividad de los agentes fiscales en sus actuaciones y la forma en que esto también representa una desigualdad en el proceso.

Estas entrevistas fueron realizadas a dos personas, la primera, a un defensor técnico de una persona procesada por el delito de daño a bien ajeno, quien hace su pronunciamiento sobre la fase de instrucción fiscal, en donde se solicitan diligencias para la audiencia preparatoria de juicio.

Por otro lado, la segunda entrevista, fue realizada a una persona que puso una denuncia respecto de un hecho que le causó una afección patrimonial, y sobre el cual ella se sentía una víctima, en este caso estaríamos hablando de una investigación previa, en donde el fiscal recoge elementos de convicción, previos a la sustentación de su dictamen acusatorio en la audiencia de formulación de cargos.

4.1. El rol del agente fiscal en la investigación

Los casos narrados por los entrevistados giran en torno a las investigaciones realizadas por los fiscales sobre un hecho que se presumía penalmente relevante. En el ejercicio de las funciones como fiscal, los presupuestos de investigar y acusar son válidos, sin embargo, no se puede evadir o ser inquisitivo, olvidando o dejando de lado la objetividad.

En el primer caso, el entrevistado consideró que la investigación realizada por el agente fiscal fue persecutora, aunque el proceso se encontraba en etapa de instrucción fiscal, esto no se traduce en que la práctica de diligencias deba estar orientada a encontrar únicamente pruebas de cargo, que incluso puedan conllevar a una pena desproporcionada en relación al hecho punible.

Parte de la investigación penal, se contiene en que las pruebas que circunden a los hechos, deben ser en todo caso las que determinen la gravedad de la infracción cometida, y que proporcionen un balance entre el daño causado y la pena impuesta.

A criterio del primer entrevistado, el agente fiscal no solo se parcializó (como en efecto debía hacerlo), sino que además trató de coartar la defensa del procesado, puesto que, si bien su deber era investigar y agregar pruebas de cargo, debió también, ser diligente y garantizar que las pruebas que pretenda aportar la parte procesada debían realizarse a conformidad, y sobre todo puestas en conocimiento de manera oportuna y efectiva.

Ahora bien, no solo se ha observado que el agente fiscal fue ineficiente al momento de diligenciar las pericias solicitadas por la parte procesada, sino que además insidió de forma personal en la práctica de las mismas. A decir del entrevistado, el círculo que rodea al agente fiscal en su rol como investigador, ocasiona que ciertas actuaciones se encuentren cargadas de subjetividades.

Como ya lo habíamos mencionado, aunque el agente fiscal en ningún momento negó una práctica de diligencias investigativas, no se puede obviar que el mismo agente no proporcionó las garantías para el efectivo cumplimiento de las mismas, sino que se limitó únicamente a disponer que se cumpla, y luego cuando surgió el problema (en un primer momento), del incumpliendo por parte del perito a la realización de la diligencia,⁷⁷ simplemente continuó con el proceso, sin tomar en cuenta la relevancia de la pericia que el procesado estaba solicitando.

Esta situación llega a conocimiento del juez en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, y debido a ello se produce una suspensión de esta, por la que se ordena que se realice la pericia, y que se agregue el informe al expediente fiscal. Es decir,

⁷⁷ Según la información documental proporcionada por el entrevistado y defensa técnica del caso, el día 18 de enero de 2021 mediante resolución para solicitar diligencias, fiscalía se atiende la solicitud de la pericia, la cual se fija para que se realice el día 26 de enero de 2021, sin embargo, la diligencia no se llevó a cabo, y la defensa técnica del procesado pone en conocimiento de este particular mediante escrito presentado el mismo día, en el que manifiesta: “El día 26 de enero del 2021, por llamada telefónica a eso de las 11y30 aproximadamente, luego de una conversación sobre este tópico, se logró coordinar la realización para el mismo día, con el Tnte. (...); ante ello, el mismo perito le dijo a esta defensa técnica que, la hora de encuentro sería de 13:00 a 14:00 pm, en la fiscalía de Catacocha, considerando el traslado desde la ciudad de Loja hasta el lugar. Sucede que, este Ab. Carlos Enmanuel Pauta Aguinsaca, (...), llegó a la fiscalía a las 14:00 pm para realizar dicha diligencia y ejercer su derecho a la defensa; empero, el perito referido, manifiesta que la hora de encuentro era a las 13:30, por ende, se había retirado, por consiguiente, la pericia solicitada por el procesado no se llevó a cabo. Dejo sentado este hecho, a fin de hacer valer el legítimo derecho a la defensa, el debido proceso, el principio de contradicción y todo derecho de protección establecido en la Norma Constitucional, considerando que la instrucción fiscal concluye el 31 de enero de 2021”. Aunque la fiscal tenía conocimiento de que aún no se había realizado todas las pericias decidió cerrar la instrucción fiscal y continuar con el proceso.

que tuvo que haber llegado a conocimiento del juez, para que pueda incorporarse una pericia trascendental, y que podría marcar un destino diferente en el estatus jurídico del procesado.

En la razón de suspensión de la audiencia, se señala como causa de la suspensión, que el abogado de la parte procesada refiere que no se ha realizado la pericia solicitada (justificando que ha sido solicitada en legal y debida forma), y además señala que el agente fiscal *no se opone*. Situación que, a consideración nuestra, es una muestra de la pasividad del agente fiscal, debido a que tuvo que existir una defensa activa del procesado ante un juez, para que pueda hacerse efectivo lo que en derecho correspondía.⁷⁸

A más de ello, según la información revisada, y la entrevista proporcionada por el abogado del caso, existió una declaratoria de *audiencia fallida*, respecto de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio, esta vez porque no se puso en conocimiento el informe pericial a la defensa del procesado.⁷⁹

En la segunda entrevista realizada, las personas denunciantes, realizan una denuncia sobre la base de un hecho de falsificación material. En este denuncia figuran dos presupuestos fácticos principales, el primero, que tiene que ver con el hecho de la existencia de un peritaje grafológico realizado a un documento cambiario (letra de cambio), y que concluye que el documento si ha sido alterado materialmente; y, un segundo hecho que es la existencia de una sentencia en la vía civil, en donde se ha diligenciado dicho documento presumiblemente falsificado materialmente, y sobre el cual se ha emitido una sentencia de pago en contra de la denunciante y su esposo.

Estos dos hechos narrados y ratificados en las versiones que se realizaron en fiscalía, deberían haber dado origen a una investigación amplia o al menos concreta sobre el hecho principal que se narraba (falsedad material). Sin embargo, el agente fiscal se

⁷⁸ Mediante providencia de fecha 10 de agosto de 2021, el Juez conecedor de la causa emite la siguiente razón: “AUDIENCIA SUSPENDIDA: Siento por tal que la audiencia convocada e instalada el día fecha viernes 06 de agosto del 2021 a las 10h00, en razón de lo manifestado por el señor abogado del procesado en relación a que se realice la diligencia de reconstrucción de los hechos con un perito que será sorteado y en virtud de la no oposición del señor (...), Agente Fiscal del cantón Paltas y el (...), abogado de la presunta víctima, el señor Juez suspende la diligencia y dispone que su reanudación se señalara previa solicitud de Fiscalía y una vez realizada la diligencia antes referida.- LO CERTIFICO.”

⁷⁹ Mediante providencia de fecha 29 de noviembre de 2021, se emite la siguiente razón: “RAZÓN DE AUDIENCIA FALLIDA: Siento por tal que la audiencia convocada e instalada el día fecha lunes 29 de noviembre del 2021 a las 11h00, en virtud del incidente planteado por el abogado del procesado, en relación a la falta de notificación de que se agregado al cuaderno fiscal el informe de reconstrucción de los hechos, el señor Juez de la Unidad Judicial, procede a disponer que se notifique a través de Secretaría de esta Unidad Judicial con dicho informe y procede a suspender la audiencia, concediendo el plazo de cinco días para su revisión. Cumplido dicho plazo de volveré a convocará a la respectiva audiencia previa coordinación con Fiscalía. - LO CERTIFICO.”

limitó únicamente a dar paso a las diligencias que los denunciados habían solicitado, oficiando a la policía judicial para que designe un perito, y se realice el respectivo peritaje grafológico, sin realizar ninguna actuación de impulso de oficio, sino más bien únicamente despachando cuando la defensa de la víctima lo solicitaba; es decir se trató de una actuación pasiva.

Al igual que el caso anterior, no existe una negación expresa de la realización del peritaje de la referencia, pero nunca se garantizó que la prueba se realice de forma pronta, y oportuna. Es más, se limitó únicamente a girar los oficios, y no dar seguimiento a la obtención del informe pericial.

Consecuentemente, y debido a la dinámica administrativa, el peritaje nunca se realizó, y el agente fiscal nunca insistió en su realización, de tal manera que solo esperó el transcurso del tiempo para solicitar el archivo de la investigación previa,⁸⁰ incluso a sabiendas que nunca se realizó el peritaje, el cual debió ser decisivo en el criterio del agente fiscal para determinar su dictamen.

Un elemento clave en este proceso, es que la resolución de solicitud de diligencias emitidas por el fiscal no otorga una fecha específica para que se realice el peritaje, simplemente se nombra a un perito, y se ordena que se realice la coordinación con este. Es decir, que deja a libre decisión del perito *cuándo* ha de realizarse la diligencia, de tal manera que este podría tardar lo que el especialista crea conveniente. Además, es necesario destacar que nunca se notificó con ningún acta, ni informe pericial a la defensa de la víctima, lo cual nos lleva al convencimiento de que el peritaje nunca se realizó, ni se instó al perito ni a las partes al cumplimiento de lo ordenado por fiscalía, incluso cuando la defensa de la víctima en su último escrito ingresado en el expediente de investigación previa, solicita que fije una fecha para la realización de la diligencia.⁸¹

⁸⁰ Dentro de proceso signado con el número 19281202300007G, el fiscal encargado del caso solicita el archivo de la investigación ante el Juez Penal, en vista de que no ha encontrado suficientes elementos de convicción que determinen el cometimiento de una infracción penal por parte del investigado.

Según la defensa técnica de la víctima se solicitó al fiscal en numerosas ocasiones, que se disponga día, fecha y hora para la realización de la diligencia pericial que sustentaba su teoría del caso, sin embargo, la última petición no fue atendida, luego de varios meses de esta petición y con fecha 05 de enero del 2023 se solicita el archivo de la investigación previa.

⁸¹ Según información accedida a través del defensor de la víctima, el último impulso que se notificó en la IP 190101820060030, fue el 23 de junio de 2022, en la que se mencionaba: “En la investigación previa Nro. 190101820060030 que se tramita en la fiscalía a mi cargo, por un presunto delito de Estafa, donde está realizando la pericia documental a las dos letras de cambio por los valores de 8.000 y 12.500 dólares, que reposan en los dos juicios ejecutivos Nro. 19332-2019-00429 y 19002-2019-00430, he dispuesto lo siguiente: ` 2.- Remítase un atento oficio al Perito documentalístico [...], para que designe fecha y hora a los ciudadanos [...], para que concurren hasta la Unidad de Criminalística de Zamora y le proporcionen los cuerpos de escritura y documentos en fechas similares a la suscripción de la letra de cambio materia de ésta investigación, para que pueda realizar la pericia documentalística dispuesta en vista

Finalmente, la entrevistada concluye, que la pasividad del fiscal en cuanto a dar trámite a las diligencias investigativas, ocasionó que la denuncia se archivara, y que no se haya determinado una responsabilidad penal en base a los hechos denunciados, y peor aún conocerse sobre la realidad de la falsedad material que se alegaba.

4.2. Perspectivas impresas en la vida de las personas

En este punto de la entrevista, se hicieron preguntas a los entrevistados, respecto de su percepción de la justicia, de la manera en que se manejan las investigaciones por parte de fiscalía, y como todo ese acumulado de situaciones han influido en su vida.

El primer entrevistado nos da una mirada bastante particular de cómo llegaron a solucionar el conflicto, pues no se trataba de una investigación previa, sino que el procesado en este caso podía ir a juicio. Por lo tanto, la investigación del agente fiscal, así como la labor de su defensa técnica, eran cruciales debido a que, si se demostraba que no había tenido la responsabilidad de una infracción penal al probar su teoría del caso, no avanzaría más el proceso.

Sin embargo, lo que sucedió es que la falta de debida diligencia, y la desigualdad de armas al momento de diligenciar las pericias (que podría probar su teoría del caso), no hicieron más que agotar su imperante necesidad de justicia, puesto que la negativa tácita, implícita, y sugerente de una prueba pericial trascendente en su caso, se tradujo en una especie de hostigamiento del fiscal hacia el procesado.⁸²

Así mismo, el entrevistado mencionó que sobre él pesaban medidas cautelares, las cuales a criterio de la defensa eran desproporcionadas, debido a que el presunto infractor estuvo brindando la colaboración para la resolución del caso. Sin embargo, se le había dispuesto la comparecencia a fiscalía semanalmente, lo cual, a su criterio era

fiscal anterior. El perito deberá comunicarse directamente con los solicitantes a los números telefónicos [...] para coordinar esa diligencia. Por tal razón, sírvase dar cumplimiento a lo indicado y continúe con la pericia”; sin embargo, según la entrevista realizada, y los documentos aportados por la defensa de la víctima, el perito designado nunca se comunicó con ellos para la toma de muestras, es así que, posterior a ello, la defensa ingresó un nuevo impulso en el que manifiesta: “Toda vez que mediante oficio de fecha 23 de junio de 2022 su autoridad ordena: [cita la providencia del 23 de junio de 2022], hasta la presente fecha, no se nos ha designado nueva fecha, para que se lleve a cabo la pericia solicitada, en vista de ello, solicito se ordene el cumplimiento de la disposición al perito designado para el caso”. Esta última petición nunca se despachó.

⁸² Si contrastamos la información que reposa en el proceso número 11314202000316, la apertura del expediente (por ser delito flagrante), se realiza con fecha 21 de octubre del 2020, y la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio en donde el procesado se somete a procedimiento abreviado sucede el 30 de marzo del 2022, es decir un año y cinco meses después.

desproporcionado tratándose de un delito de daños materiales cuya sanción era únicamente pecuniaria. Estas medidas cautelares sirvieron como una forma de presión, que también fueron acabando de poco con los ánimos, y la intención de continuar con su teoría del caso y su efectiva defensa.⁸³

Pasado el tiempo, el entrevistado manifiesta que el proceso y las actuaciones fiscales, no hicieron más que provocar que el procesado diera un vuelco en su lucha jurídica, y solicitar el procedimiento abreviado. Pues si bien se declaraba culpable y le tocaba pagar los daños, y la multa, esto le devolvería la paz mental a él y a su familia. Por lo tanto, sacrificaron una parte de sus convicciones, a cambio de paz y tranquilidad.

En el segundo caso, la entrevistada manifestó una inconformidad con el sistema de justicia y en particular con el sistema de investigación, su molestia no solo iba al hecho de que se sentía afectada por un hecho presumiblemente dañoso, sino que el sistema mismo le negó una investigación célere, oportuna y eficaz.

A decir de la entrevistada, nunca existió una investigación. El agente fiscal se limitó a recibir las pruebas que la defensa técnica de la denunciante pudiera proporcionarle, sin tener la iniciativa propia de investigación y peor aún, de dar seguimiento a las pericias diligenciadas, dejando a la suerte todo el proceso investigativo.

Para la entrevistada, su sentir nos ha parecido sumamente importante, la orden de realización de la pericia venía de un agente fiscal, y esta facultad de ordenar dicha diligencia recaía únicamente en el agente fiscal. Esto ataba de manos a su defensa técnica, debido a que se contaba con esta pericia para lograr demostrar su teoría del caso. Su inconformidad se acentuaba más, a sabiendas de que ya existía un peritaje en el mismo sentido, en el que se le daba la razón a la denunciante, lo cual debió constituir al menos una prueba indiciaria, o una duda razonable sobre los hechos que se discutían.

⁸³ Cuando se le cuestionó al entrevistado sobre la proporcionalidad y el sentir del procesado sobre de las medidas cautelares señaló: “[la presencia de estas medidas cautelares] generó un choque emocional [en el procesado], porque sentía que el accidente de tránsito que desató daños materiales no era meritorio para que se le pueda imponer este tipo de restricciones. Incluso se había solicitado por la defensa, que la presentación sea una vez al mes, sin embargo, por pedido de fiscalía, (como que fuese un delito exageradamente grave), se le pidió que las presentaciones las haga cada ocho días. Entonces obviamente esto va a influir, tener que irse a presentar en la fiscalía cada ocho días por un delito de tránsito, es desproporcionado, y además tener esa prohibición de salida del país, y prohibición de enajenar bienes, y todas las cuestiones que implican las notificaciones, crean un desgaste. y, por lo tanto, existe una presión emocional bastante cargada. La información se contrasta con el acta de resumen de la audiencia de formulación de cargos de fecha 16 de diciembre del 2020, dentro del proceso 11413202000316, en la cual se dispone como medidas cautelares las siguientes: “a) prohibición de salida del país b) presentación periódica en la fiscalía del cantón paltas, una vez por semana, los días lunes en horas hábiles. c) prohibición de enajenar bienes en el cantón Paltas y Chaguarpamba. para el efecto emítase la orden correspondiente.”

Cabe mencionar, además, que existía una sentencia sobre una de las letras de cambio materia de la denuncia, en las que se evidenciaba dolo por parte del denunciado, pues pretendió cobrar una letra de cambio que había sido dado en garantía, y que en juicio se logró probar que no se trataba de una orden incondicional de pago, sino de una mera garantía.⁸⁴

A más de lo antes mencionado, la entrevistada muestra una gran afección en la vida cotidiana de ella y de su esposo, supo explicar que los procesos judiciales que se llevaron a cabo le generaron un desgaste emocional a ella, y a su familia, a la vez que, también generaron que su posición en el estatus social del medio se vea afectado, puesto que, a decir de la entrevistada, en un pueblo pequeño todo se sabe y al quedar impunes estos hechos, no ayudo a reestablecer su dignidad.

4.3. Subjetividad, parcialidad y monopolio de la investigación

Finalmente, esta última parte de la entrevista se ha centrado en observar y dilucidar la subjetividad del agente fiscal, y cómo esta influye en la investigación y en la realización de diligencias probatorias. Las respuestas que se sistematizan en este apartado tienen que ver con la percepción del entrevistado propiamente dicho, así como de la interpretación de entrevistador.

En el caso de la primera entrevista, cuando se preguntó sobre la objetividad del agente fiscal, el entrevistado manifestó que la humanidad misma del agente lo ubica en una cierta posición al momento de investigar, aunque el proceso se encuentre en una fase de instrucción fiscal, en donde la parte acusadora ya ha tomado una posición en la contienda. Esto no supone que coarte la libertad probatoria del procesado al margen de los presupuestos objetivos de fiscalía.

A decir del entrevistado, existen nudos críticos al momento de diligenciar pruebas de descargo del procesado, siendo una de ellas la falta de recursos económicos para la

⁸⁴ Mediante sentencia emitida dentro del proceso judicial número 19332-2019-00429, expedida con fecha 21 de octubre de 2020, el juez multicompetente rechaza la demanda interpuesta por quien fuere denunciado, debido a que no se ha probado que la letra de cambio demandada sea *un título ejecutivo*, una de las consideraciones claves en dicho proceso, es la que realiza en el numeral 5.3 de dicha sentencia en la que menciona: “5.3.- Con el acta de mediación de fojas 128 a 130, se probado que la letra de cambio fue suscrita en garantía como cumplimiento de la promesa de compraventa, lo que ha sido ratificada con la declaración de parte de la demandada [...]. La declaración de parte del actor [...], no ayudado a sus pretensiones, incluso manifiesta que la parte del vencimiento de la letra de cambio ha sido llenada por él, para poder demandar el cobro de la referida letra.” Esta información es trascendental al momento de cuestionar la conducta del denunciado, pues no se trataría de una persona que ha obrado con buena fe en otras instancias judiciales.

obtención de peritajes por cuenta propia del procesado, y que incluso por venir de afuera del sistema público de investigación, puede tener matices que configuren menor valor probatorio. Para el entrevistado, la intervención de la fiscalía en la investigación es de suma importancia al margen del principio de gratuidad de la justicia, así como de brindar una igualdad de armas para obtener las pruebas de descargo, pues el principio de objetividad no desaparece cuando se formaliza la acusación.

El segundo nudo crítico que manifiesta el entrevistado, gira en torno al ser humano, osea en las relaciones personales, construcciones sociales y laborales, de los intervinientes en la labor administrativa de justicia. De esta manera, afirma que en cantones pequeños en donde existe únicamente un agente fiscal y un juez multicompetente, la relaciones sociales y laborales se vuelven inevitables, y estas relaciones pueden afectar el proceso tanto en la forma, como en la sustancia. Por tanto, podrían configurarse vicios y otras formas de parcialización fiscal.

En esa línea de ideas, el entrevistado manifiesta que parte de la decisión del procesado de someterse al procedimiento abreviado, vino de observar estas actitudes de animosidad y confianza entre el juez y el agente fiscal. Puesto que, al ser un cantón pequeño era bien conocida la relación de amistad que mantenían, esto conlleva a que, pese a que no se haya ninguna actitud de hostilidad por parte de juez hacia el procesado, si se observe actitudes más blandas en cuanto a las actuaciones de fiscalía.

El entrevistado no solo manifiesta que estos lazos de amistad se hayan evidenciado únicamente entre el juez y el agente fiscal, sino que además estos lazos se vieron extendidos hacia los peritos, puesto que, a más de las actitudes de cordialidad, había un trato distintivo, en el que se observaba que los peritos y el agente fiscal, podían concluir anticipadamente los resultados del peritaje. A criterio del entrevistado, esto amplía el espectro de desigualdad en la contienda.

Por otro lado, la entrevista realizada a la denunciante del segundo caso, considera que las relaciones sociales y laborales en un pueblo pequeño, son muy determinantes al momento de que un caso llega ante fiscalía, u otro órgano de justicia. La objetividad del agente fiscal se ve afectada en cuanto se deja influenciar, por el grado de relación existente con el investigado.

En ese sentido, la entrevistada asegura que estas relaciones afectan los procesos investigativos, generando pasividad en el agente fiscal, de tal manera que, poder llegar a obtener una investigación eficaz se vuelve una cuestión de suerte, y depende

exclusivamente de quienes sean los investigados, y por supuesto el agente fiscal encargado del caso.

A más de ello, considera que el fiscal pudo parcializarse desde un inicio, puesto que su pasividad en la investigación estuvo siempre presente, al final, cuando la denunciante fue a conversar con el agente fiscal, éste le manifestó a viva voz, que, respecto de las pericias solicitadas, no podía hacer nada más que eso *solicitarlas*, lo cual no era una respuesta razonable que justifique cualquier decisión que se llegue a tomar respecto del caso. Según la entrevistada, el punto de todo ello, no se radicaba en que ella llegara a tener la razón, sino más bien que su satisfacción estaba en que se realice una investigación oportuna, eficaz y determinante.

5. Reflexiones sobre los casos y las entrevistas realizadas

Las entrevistas realizadas en torno al tema de investigación se vuelven pertinentes en el sentido de responder a la pregunta, de cómo se realizan las diligencias investigativas tendientes a probar un hecho presumiblemente punible. Estas entrevistas, más allá de su pertinencia, nos muestran no solo la forma en que se diligencian los actos investigativos, sino que, además, demuestran lo que hace o no un fiscal para garantizar su cumplimiento.

Ahora bien, más allá de la postura que se asuma dentro del proceso investigativo, es decir, ya sea de parte del presunto infractor o del lado de la presunta víctima, las entrevistas nos revelan que la posición, no guarda demasiada diferencia cuando se trata de que uno de ellos quiera probar su teoría del caso. Pero, lo que sí marca una diferencia en cuanto a las actuaciones fiscales, se inscribe en la facilidad que tenga una de las partes para probar su argumento en contraste con los hechos fácticos, puesto que por su lado el agente fiscal se centrará en probar su propia teoría del caso.

En el mismo orden de ideas podemos decir que, la tramitación de diligencias investigativas se vuelven incluso un mero trámite, toda vez que desde la perspectiva Bourdiana, se trata únicamente de *no ser expulsado de determinado campo*, debido a que una negativa expresa sobre la solicitud de diligencias investigativas, generaría eso exclusivamente, una expulsión del campo de la contienda.

Por lo tanto, en una interpretación de las entrevistas y de los casos, las diligencias investigativas se niegan de forma indirecta, pues no se prestan las facilidades para que se tramiten las mismas en legal y debida forma, ni tampoco se cuenta con la insistencia de

la autoridad investigadora para que la diligencia se cumpla. Limitándose únicamente a la *aceptación* de la práctica de una diligencia y no se centra en su cumplimiento.

Los sentimientos, o en un término más preciso, el sentimiento de justicia de los entrevistados, y de quienes acuden al sistema penal para la obtención de una respuesta judicial a un problema jurídico, se exteriorizan en decepción y resignación, debido a que la puesta en escena de una teoría del caso, es fructífera en la medida que el agente fiscal se sienta identificada con ella, es decir, responde a su subjetividad.

Con lo antes dicho, en un ejercicio de análisis e identificación de los nudos críticos respecto de las actuaciones fiscales, podemos dar cuenta que las diligencias investigativas respecto de los hechos que se presumen infracciones penales, obedecen a la subjetividad del fiscal, a una parcialización temprana, y a un sistema de investigación ineficaz.

Si bien existe la presencia de normas y principios procesales destinados a que tanto la investigación fiscal, así como sus actuaciones sean objetivas, la realidad es que el fiscal formula una teoría desde el conocimiento de un hecho, y en esta teoría abstracta es sobre la cual se enfoca el fiscal, y en consecuencia trabaja para recabar pruebas. Por otro lado, si desde la presunta víctima o presunto infractor la teoría del caso dista de la teoría del fiscal, entonces el apoyo a la sustentación de las teorías del caso por parte del ente investigador, se vuelve escasa y tenue. Con ello lo que se mira es que ya sea desde el presunto infractor o la presunta víctima, tendría en primer lugar que convencer al fiscal de su teoría para luego convencer al juzgador, caso contrario, la demostración de los hechos del caso se apoyan en la investigación particular de cada parte, por fuera del sistema investigativo.

Mirar la desigualdad de armas en los casos expuestos, se circunscribe en determinar o mostrar una arista distinta a la que la norma prevé, puesto que si bien la investigación es parte fundamental en la construcción del caso del agente fiscal, que este mismo agente investigue pruebas de cargo y descargo, y sobre todo que la contraparte deba acudir a este mismo órgano para la obtención de pruebas, supone una desigualdad de armas debido a las facultades concedidas al agente fiscal, que se contraponen al principio de libertad probatoria.

6. La igualdad de armas en la investigación penal: una apelación al principio de objetividad

La segunda parte de nuestra investigación se ha centrado en mostrar como la desigualdad de armas puede afectar el debido proceso, y violentar los principios del derecho a la defensa, a libertad probatoria, entre otros. En este apartado se intenta mostrar la importancia de la objetividad en la investigación, y como este principio presenta dificultades para configurarse.

La objetividad como principio procesal, y en abstracto, parece ser una forma sencilla de lograr actuaciones puras y apegadas al derecho. Sin embargo, cuando vamos a la materialidad de un hecho, la objetividad puede configurarse como una respuesta al principio normado (es decir, se obedece de manera pasiva a la norma), pero no como una respuesta a la subjetividad del agente, lo cual genera un conflicto interno en este, que produce dos actuaciones distintas en niveles de *intensidad* cuando se trata de la investigación. Esta intensidad se determina de acuerdo a la subjetividad y parcialización del agente fiscal, ya sea para diligencias investigativas de cargo o de descargo.

A inicios del segundo capítulo, hicimos una breve síntesis de la teoría de los campos de Pierre Bourdieu, en donde se trata de usar la teoría de los campos para entender la desigualdad de armas en el proceso investigativo fiscal; por lo tanto, para usar dicha teoría es necesario primero determinar el campo en el cual se va llevar la contienda y los capitales en disputa.

Haciendo uso de la teoría antes referida, podríamos decir que la lucha de capitales, se da en el campo que determina, o que produce el estatus de víctima y victimario en un proceso penal. En este campo están involucrados dos agentes con capitales distintos, el primero la parte de quien se disputa víctima, y el segundo, la parte que lucha por que no se lo constituya como victimario.

Ahora bien, esta lucha dentro del campo puede tener otros intervinientes que se da a partir de los intereses de que un capital determinado salga victorioso, y es el papel de la presunta víctima que acude como un *tercer interesado* que especta el papel del agente. Este último pretende la producción de estatus de la víctima y victimario, con ello quedan dispuestos los agentes en la contienda de determinación, o de producción de estatus.

Seguidamente, y ya en esta contienda en el campo determinado, deben actuar los capitales para poder lograr la dominación, o en palabras sencillas, lograr o no la determinación de un estatus a través del rompimiento de la presunción de inocencia fundamentalmente. En este punto, es necesario analizar, tanto el capital de la presunta víctima, del victimario y del agente persecutor del delito.

De esta forma, la contienda principal se da entre el agente fiscal y a quien se le ha imputado, o se le presume el cometimiento de un hecho penalmente relevante. Pero esta lucha incluye, o influye con una gran carga de capitales adquiridos. En el caso del agente fiscal su capital se circunscribe al otorgado por la ley, que se refleja en un aparataje institucional especializado en la persecución del delito, de tal manera que posee una herramienta (o conjunto de herramientas) investigativas por excelencia.

Pero ese capital no subyace solo en *tener* una institución para investigar, sino que además tiene formas normadas en las que funda sus actuaciones. Dicho de otro modo, si bien la herramienta existe, también existe un cúmulo de normas que otorgan al agente fiscal una libertad para su uso. Mientras que del otro lado de la contienda existe una persona de quien se reputa o se discute su estatus jurídico, que esta merced de la *objetividad* del agente fiscal, con una limitación en su defensa técnica que puede acceder a las pruebas que únicamente no necesiten de la herramienta institucionalizada.

Sin embargo, según como lo vimos en las entrevistas, pueden entrar otros sujetos en la contienda, como la persona que se presume víctima, quien expone su situación y los hechos que han conllevado a ocasionar la contienda. Esta participación que no es activa en todos los casos, genera más relevancia cuando se trata de hechos denunciados por quien se presume víctima, y en los que solicitan que se inicie una investigación, y en razón de ello, la presunta víctima brinda los primeros elementos que puedan dar origen a la producción de estatus de los sujetos.

Así las cosas, y las disposiciones de los capitales en el campo determinado. Cabe en este momento expandirnos un poco, y ser reflexivos no solo en esta lucha de capitales, sino en cómo se efectiviza y se utiliza el sistema investigativo. Según los casos analizados y según la teoría debatida en el primer capítulo, la contienda se inscribe en el mandato normativo de la objetividad, pero si usamos los presupuestos de Pierre Bourdieu, nos damos cuenta que el *habitus* es parte del sujeto, y cambia o altera el presupuesto de la objetividad.

Pierre Bourdieu, respecto del *habitus* sostiene:

Los condicionamientos asociados a una clase particular de condiciones de existencia producen *habitus*, sistemas de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predispuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organizadores de prácticas y de representaciones que pueden ser objetivamente adaptadas a su meta sin suponer el propósito consciente de ciertos fines ni el dominio expreso de las operaciones necesarias para alcanzarlos, objetivamente "reguladas" y "regulares" sin ser para nada el producto de la obediencia a determinadas

reglas, y, por todo ello, colectivamente orquestadas sin ser el producto de la acción organizadora de un director de orquesta.⁸⁵

En el mismo orden de ideas, Julieta Capdevielle, respecto al génesis del *habitus*, sostiene que, “hablar de *habitus* implica, sin lugar a dudas, tener en cuenta la historicidad de los agentes. Las prácticas que engendra el *habitus* están comandadas por las condiciones pasadas de su principio generador. Pero a su vez, el *habitus* moldea las prácticas futuras, orientándolas a la reproducción de una misma estructura.”⁸⁶. Tanto el concepto acuñado por el mismísimo Pierre Bourdieu, así como la reinterpretación que le hace Capdevielle, se coligen en la misma línea de razonamientos, es decir, que traduce el *habitus* como las formas incorporadas, e interiorizadas del sujeto, que construyen su posición en un determinado campo.

De lo dicho por Bourdieu, existen dos partes esenciales y que nos sirven para entender la desigualdad de armas, y la *intensidad de la investigación*, de la que habíamos hablado anteriormente. Por un lado, está la parte de *estructuras estructuradas*, que se traduce en la construcción del sujeto a través de la historia y de las vivencias. Estas estructuras construidas orientan al sujeto a actuar de una manera determinada, son estructuradas porque ya están establecidas en el sujeto, y generan un actuar inconsciente del mismo.

Por otro lado, la segunda parte correspondiente a *estructuras estructurantes*, tiene que ver más con las acciones positivas del sujeto, es decir, que las estructuras estructuradas, tienden a reproducirse y a transferirse, por lo tanto, el *orden* estructurado estructura. Es importante resaltar también, como en la segunda parte de la cita de Bourdieu, sostiene nuestro argumento anterior respecto de la subversión de sujeto, pues el campo *objetivo*, y contenido en reglas es inconscientemente estructurado, bajo el imperio de estas reglas objetivas.

Este paréntesis sobre el *habitus* de Bourdieu, nos orienta a entender la desigualdad de armas, y la *apelación* a la objetividad de la que hace alarde el título de este apartado. Lo dicho por Bourdieu, supone que el sujeto actúa solo en el marco de su estructura, para replicar, y reproducir estructuras en campos de determinados, bajo la conciencia de ciertas reglas objetivas, que le permitan no ser expulsado del campo en disputa. Con ello si bien la disputa se centra en la producción de estatus, cabe preguntarse ¿Qué es lo que el agente

⁸⁵ Bourdieu, *El sentido práctico*, 87.

⁸⁶ Julieta Capdevielle, “El concepto de *habitus*: ‘con Bourdieu y contra Bourdieu’”, *Anduli*, 10, 31-45, 2011, 35.

replica en esta contienda, y porque es relevante al principio de la igualdad de armas y de las facultades del agente fiscal?

Para responder a esta pregunta, solo basta con mirar las aristas teóricas de este trabajo investigativo, y podemos concluir que, en la contienda de producción de estatus, el agente fiscal actúa en función de las reglas del campo, haciendo uso de sus facultades investigativas, pero siempre bajo el inconsciente de su *habitus*. Es decir, que tratará de replicar su *habitus* en la investigación.

En este sentido, y a manera de burdo ejemplo, si un agente fiscal tiene un *habitus* construido sobre bases lombrosianas, la persecución del delito y de la investigación será intensa en la medida que el investigado se ajuste a los presupuestos de la teoría de la criminalidad de Lombroso. Teniendo en cuenta que, para obedecer a las reglas del campo, talvez no niegue la práctica de diligencias investigativas, pero no será de su interés impulsarlas, por lo tanto, de manera inconsciente transmitirá su estructura en el campo, y usará todo su capital para obtener la victoria en la contienda de la producción de estatus.

Finalmente, y a manera de conclusión, si pensamos en los dos casos expuestos en este capítulo, podemos darnos cuenta que los agentes en cada caso manifestaron un desinterés por investigar, en el primero porque el agente estructuró una realidad, y se parcializó, utilizando todo su capital para acorralar al procesado. En el segundo caso, partimos del supuesto que el agente fiscal no le dio relevancia al caso; según la entrevistada, se debió a la percepción del fiscal de que las personas investigadas no eran *capaces* de cometer este tipo de delitos, o que la cuantía del daño era insignificante.

Otorgar en demasía un capital a un agente dentro de una contienda, ocasiona más libertad de reproducción de las estructuras estructuradas, de ahí que las investigaciones serán sesgadas, cabe entonces que las reglas sean más determinantes para restringir esta libertad de reproducción de prácticas que tienden a ser estructurantes. Esta objetividad puede resultar de reglar correctamente el campo y restringir los capitales de los agentes.

Conclusiones

Concluir los hallazgos de este trabajo de investigación, suponen una conexión entre los postulados teóricos, normativos y empíricos. En un primer momento podemos concluir que la igualdad de armas como principio rector del derecho a la defensa, se legitima de acuerdo a la forma en que éste se ve garantizado por las estructuras normativas puestas a disposición por el Estado.

La igualdad de armas en el proceso penal, se traduce en la base sobre la cual sucede el escenario contradictorio de las partes, es decir, que la igualdad debe encontrarse no solo en la oportunidad de contradicción de un argumento, sino que, además, la contradicción debe estar presente en todas las actuaciones preprocesales y procesales como en la obtención de pruebas, uso de medios probatorios y uso de técnicas de investigación.

Cuando nos referimos a la presencia de la igualdad material en todas las actuaciones procesales, entonces debemos acercarnos de forma minuciosa, e ir desgajando de a poco a todo el proceso penal para poder determinar la existencia o no de los presupuestos de la igualdad de armas. En lo principal, y por ser relativo a nuestra investigación, podemos afirmar de forma general, que la fiscalía como ente investigador, ha desplazado a otros actores de la investigación, dejando este nudo crítico del proceso penal, como un foco de problemáticas tendientes a viciar el proceso en forma y fondo.

También es importante destacar que, desde la investigación previa, el fiscal ya construye una teoría del caso; en ese sentido, apreciamos dos momentos investigativos, el primero en la fase preprocesal, y el segundo en la instrucción fiscal. En estos dos momentos los otros actores del proceso, deben acudir al fiscal para solicitar las diligencias investigativas que estén fuera de su alcance, y aunque lo recabado en la investigación previa son solo indicios, estos generalmente se trasladan al plano probatorio en la instrucción fiscal. De esta manera y en función de lo esgrimido en esta investigación, la fiscalía ha optado por ejercer su labor investigativa desde dos posiciones. La primera se consolida como una *posición activa*, y la segunda con una *posición pasiva*.

La postura activa es la que, a consecuencia de los elementos que considere el agente fiscal, determina cuales actuaciones o diligencias investigativas, son tendientes a probar su teoría del caso, esta actuación activa se mira con una tendencia positiva y busca

de forma persistente los indicios, hallazgos o pruebas que puedan inscribirse en la teoría de fiscalía.

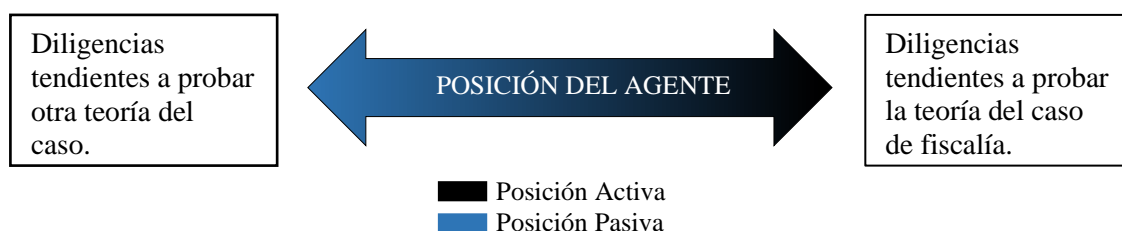
Esta tendencia está bastante marcada por hechos positivos, que navegan más allá de la sola aceptación de diligencias, sino que influye en el interés del agente, provocando el impulso para que se realicen en forma pronta y oportuna las mismas. De tal forma que el fiscal investido de las facultades otorgadas por la ley, hará la presión suficiente y necesaria para la obtención de resultados.

Por otro lado, cuando el fiscal incurre en la *posición pasiva*, el agente se limita a ser un mero tramitador de la diligencia investigativa, dejando el impulso de las mismas a cargo del interesado, quien puede ser el investigado, el procesado, e incluso la presunta víctima.

En consecuencia, la intensidad con la que se actúa el agente respecto de las diligencias investigativas solicitadas, es directamente proporcional al acercamiento probatorio que tenga la misma, sobre la teoría del caso que ha propuesto fiscalía sobre los hechos que se discuten.

Figura 1

Diagrama de la posición activa y pasiva del agente fiscal, en la práctica de diligencias investigativas



Fuente y elaboración propia.

Estas dos primeras precisiones respecto del actuar del agente fiscal, marcan los primeros bosquejos de una desigualdad de armas radicada en la obtención de pruebas, y en consecuencia, en el derecho a la libertad probatoria, puesto que estaríamos hablando de un ente acusador de grandes proporciones, que incide incluso sobre los alcances probatorios de los otros.

Pero estas facultades investigativas conferidas al agente fiscal, no solo ponen en riesgo a la objetividad, y parcializan la destrucción del principio de inocencia, sino que, además, cuando se trata de un *sujeto denunciante*, el panorama puede ser el mismo en

respuesta a los hechos conocidos, de tal manera que la presunta víctima (en ejercicio de su derecho a ser participe del proceso con un defensor particular), puede solicitar diligencias que serán atendidas pasivamente. Por lo tanto, la actuación del agente fiscal puede ser legal en la forma, pero ineficaz en la práctica debido a que no se podrían realizar las diligencias con celeridad y objetividad.

Ahora bien, si somos conclusivos sobre la actitud del agente fiscal acerca de las diligencias que se solicitan por otras partes, con la finalidad de sustentar sus teorías del caso; cabe también ser conclusivos sobre la relación existente entre el principio de objetividad, y la subjetividad construida en términos del *habitus* que se recaen sobre el agente, y que son la causalidad de la actividad y pasividad del agente fiscal.

Como ya habíamos señalado, la construcción del sujeto se produce en torno a las prácticas y saberes transferidos, adicionando además, las experiencias vividas por el agente que se traducen en una forma predeterminada de mirar el transcurrir de las cosas. Estas construcciones y prácticas de los sujetos se reproducen en el contexto, o en cualquier campo en el que el sujeto intervenga, de tal manera que presumir una absoluta objetividad por parte del agente fiscal, sería un error por la falta de consideración de los actos inconscientes del sujeto.

Trasladar las ideas de Pierre Bourdieu en la presente investigación, ha sido trascendental para determinar que la igualdad de armas en el presupuesto abstracto puntualizado en la norma, solo produce desigualdad de posiciones en la contienda, debido a que otorga a un sujeto *construido*, las facultades objetivas tendientes a determinar o producir el *status* de un sujeto, ya sea como víctima o victimario.

Los planteamientos ilusorios que otorgan este tipo de normativas, producen que los escenarios de contradicción estén en desbalance, debido a que muchas de las pruebas no pueden obtenerse, alargan el plazo de obtención y estén sujetas a la capacidad del investigado/procesado, u otro, para su obtención en mérito de su capacidad de impulso del proceso con un defensor técnico adecuado.

Teóricamente hemos establecido que el derecho a la defensa, se inscribe en el hecho de que se pueda tener acceso a las pruebas y/o medios probatorios que posibiliten una defensa adecuada; y, además, en el acceso a un defensor técnico adecuado. En nuestro caso, y en consonancia con el argumento del párrafo anterior, en el caso de que no exista un defensor adecuado que impulse las diligencias solicitadas a través del agente fiscal, requiere de contar con los medios económicos para poder contratar un defensor que cuente con esta tecnicidad y experticia.

Por lo tanto, para poder hacer frente a un agente fiscal que actúa de forma pasiva en las diversas diligencias investigativas que se solicitan, es necesario tener los recursos económicos que permitan que las diligencias tendientes a probar estas teorías, cuenten con un defensor técnico adecuado.

Así las cosas, la relación que existe entre la subjetividad del agente fiscal, y las atribuciones conferidas al mismo, y la capacidad del *otro*⁸⁷ para poder gestionar las diligencias investigativas por su cuenta; generan una desigualdad de armas en el proceso penal, en este sentido, apelar a la objetividad en sentido abstracto, no cobrará sentido debido a que como ya hemos establecido, la objetividad como principio rector del proceso penal es relativo, pero como principio rector de un caso concreto tiende a tener otros matices.

La legislación colombiana por su parte, ha previsto que esta desigualdad en el ámbito probatorio existe, (consideramos que es el primer paso que se podría tomar en nuestro caso). Para ello, en Colombia han previsto de forma precisa que la contienda, y el escenario contradictorio, suceda de forma inequívoca con la fiscalía como ente persecutor, y con el procesado/investigado como quien debe defenderse de los hechos que se le imputan.

Ahora bien, cuando reconocen que existe una desventaja, han tratado de generar en lo posible un escenario más garantista de la contradicción. De esta manera, crean en su normativa al *Grupo de Investigación Defensorial*,⁸⁸ que es la institucionalización de los medios de investigación de la contraparte, es decir, del investigado/procesado; todo ello como una respuesta al órgano acusador que posee un aparataje mucho más robusto.⁸⁹

Este reconocimiento que realiza la legislación colombiana marca una línea de perspectivas y experiencias internacionales, que pueden ser parte de una nueva visión de

⁸⁷ Debemos entender al *otro*, como todo aquel que tiene una teoría distinta a la de fiscalía, esto supone que no solo el investigado/procesado se encuentra en una posición desigual, sino que cuando la teoría del caso de quien se presume víctima no se colige con la del agente fiscal, también se pone en peligro la obtención de la Justicia. De forma general incluso, la culpabilidad del presunto infractor puede ser un punto de convergencia entre el acusador particular y fiscalía, sin embargo, la intensidad del daño causado, así como la presencia de atenuantes y agravantes, pueden ser puntos de discusión que, si no tiene una participación activa del agente fiscal en su determinación, puede no generar el efecto reparativo esperado.

⁸⁸ Según Eyner Adolfo Castro, en su investigación realizada en el año 2017, pone en conocimiento la existencia de esta institución, como forma de equiparar a la fiscalía, y garantizar la igualdad de armas en el proceso penal; sin embargo, su crítica radica en la suficiencia de la misma, en este sentido, manifiesta que el poderío que tiene fiscalía, no es comparable con el de la Defensoría del Pueblo, incluso con la creación de estas instituciones, pues menciona que para el 2016, a la defensoría del pueblo se le asignó solo el 14,42% del presupuesto que se le asignó a la fiscalía Colombiana. Estas apreciaciones, se contraponen a los presupuestos básicos del principio de igualdad de armas, puesto que se debe justificar de forma contundente la desproporción del privilegio económico que tienen el ente acusador, por sobre la defensoría del pueblo.

⁸⁹ Eyner Adolfo Castro, “Principio de igualdad de armas en la Ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca”, *Novum Jus*, 2017, 107, doi:10.14718/NovumJus.2017.11.2.5.

la contienda y del escenario contradictorio, en donde el debate traspasa la objetividad abstracta, y la materializa en función de los presupuestos fácticos, creando instituciones autónomas dedicadas a efectivizar la igualdad de armas en el proceso penal.

Finalmente, concluimos que el Estado debe tener una percepción mucho más amplia respecto de lo que significa el proceso penal, y de la dualidad de posiciones que tiene el sistema penal acusatorio. Solo siendo conscientes de la subjetivación del sujeto, y de la objetividad como un abstracto, se puede lograr el cambio que permita que la producción de un estatus (víctima/victimario), se enmarque en la justicia. De esta manera, la destrucción del principio de inocencia contará con las garantías contradictorias que permitan mostrar la verdad ante el juzgador.

Bibliografía

- Arias, Juan Carlos. *Axiología y deontología del proceso penal y el precedente judicial*. USAID Colombia. Colombia, 2003.
- Bourdieu, Pierre. *Campo de poder, campo intelectual: itinerario de un concepto*. Buenos Aires: Monttressor, 2003.
- . *El sentido práctico*. Traducido por Ariel Dilon. Primera edición de Siglo XXI en España. Madrid: Siglo XXI, 2008.
- . *Razones prácticas: sobre la teoría de la acción*. Traducido por Thomas Kauf. 4a.ª ed. Barcelona: Anagrama, 1997.
- Canclini, Néstor García. “Gramsci con Bourdieu. Hegemonía, consumo y nuevas formas de organización popular”. *Nueva sociedad* 71 (1984): 69–78.
- Capdevielle, Julieta. “El concepto de habitus: ‘con Bourdieu y contra Bourdieu’”. *Anduli*, 10, 31-45., 2011.
- Castro, Eyner Adolfo. “Principio de igualdad de armas en la Ley 906 de 2004: percepción de los defensores públicos de Cundinamarca”. *Novum Jus*, 2017, 97–134. doi:10.14718/NovumJus.2017.11.2.5.
- Corte Constitucional Ecuatoriana. “Sentencia”. 328-19-EP/20, el 24 de junio de 2020.
- . “Sentencia”. 1965-18-EP/21, el 17 de noviembre de 2021.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. “Sentencia”. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, el 29 de enero de 1997.
- . “Sentencia”. *Caso Ruano Torres y otros vs. El Salvador*, el 5 de octubre de 2015.
- Cruz Barney, Oscar. *Defensa a la defensa y abogacía en México*. Primera edición. Cuadernos de abogacía, Nro. 1. México [City]: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- Decreto legislativo 0. Constitución de la República del Ecuador, Registro oficial 449 § (2008).
- Diez Rugeles, Miguel. “El acusador privado y el principio de igualdad de armas: una crítica al ordenamiento jurídico colombiano”. *Revista De La Facultad De Derecho Y Ciencias Políticas* 50, núm. 133 (2020): 309–39. doi:https://doi.org/10.18566/rfdcp.v50n133.a04.
- Durkheim, Émile. *Las formas elementales de la vida religiosa*. Buenos Aires, Argentina: Schapire S.R.L, 1968.

- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, Suplemento, el 10 de febrero de 2014.
- Esparza Leibar, Iñaki. *El principio del proceso debido*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR, 2008.
- Fernández, José Manuel Fernández. “Capital simbólico, dominación y legitimidad. Las raíces weberianas de la sociología de Pierre Bourdieu”. *Papers. Revista de Sociología* 98, núm. 1 (2013): 33–60. doi:10.5565/rev/papers/v98n1.342.
- Ferrajoli, Luigi. *Manifiesto por la igualdad*. Madrid: Editorial Trotta, S.A., 2019.
- Germaná, César. “Pierre Bourdieu: La Sociología del Poder y la Violencia Simbólica”. *Revista de Sociología* 11, núm. 12 (1999). https://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/sociologia/1999_n12/art016.htm.
- Gimeno Sendra, José Vicente. *Manual de derecho procesal penal: adaptado a la ley 5/2010, de modificación del código penal y a ley 13/2009, de reforma de la LECrim sobre la Oficina judicial*. 2. ed. Madrid: Ed. COLEX, 2010.
- Gómez Colomer, Juan Luis. “Adversarial System, proceso acusatorio y principio acusatorio: Una reflexión sobre el modelo de enjuiciamiento criminal aplicado en los Estados Unidos de Norteamérica”. *Revista Española Poder Judicial*, núm. XIX (2006): 25–77.
- González, Ana Milena Díaz. “El principio acusatorio en el modelo adversarial colombiano.: Análisis en torno a su aplicación.” *Cuadernos de Derecho Penal*, núm. 11 (el 30 de enero de 2014): 36–88. doi:10.22518/20271743.309.
- Guglielmucci, Ana. “El concepto de víctima en el campo de los derechos humanos: una reflexión crítica a partir de su aplicación en Argentina y Colombia”. *Revista de Estudios Sociales*, núm. 59 (enero de 2017): 83–97. doi:10.7440/res59.2017.07.
- Guimaraes Ribeiro, Darci. “La dimensión constitucional del principio de contradicción y sus reflejos en el derecho probatorio brasileño”. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal* 40, núm. 40 (2014): 101–20.
- Lefranc, Sandrine. “Sobre las (probables) movilizaciones de víctimas”. En *víctimas: debates sobre una condición contemporánea*, editado por Diego Zenobi, 285–303. Argentina: Teseo, 2023.
- Lizano, Randall Blanco. “Campos, relaciones y redes de poder: debates teóricos para la comprensión de las disputas por el control del estado”. *Revista Reflexiones*, 2011, 95–106. doi:10.15517/rr.v0i0.1526.

- Llorens y Clariana, Eduardo Luis. *La igualdad ante la ley ; El Estado y sus órganos*. Primera impresión, 2016. Sevilla: Athenaica, 2016.
- Maier, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.
- Martí Mingarro, Luis. *Crisis del derecho de defensa*. Madrid; Barcelona; Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- Oyarte, Rafael. *Debido proceso*. 2a ed. Quito, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones, 2016.
- Pérez Luño, Antonio Enrique. *Dimensiones de la igualdad*. Madrid: Dykinson, 2006.
- Ponce Gordón, Ánshelo. *Los principios penales y procesales vigentes en el Código Orgánico Integral Penal y otros principios del proceso penal: Objetivos; Características; Límites de Aplicación y Práctica Forense*. Vol. I, 2019.
- Rodríguez Vega, Manuel. “Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal”. *Revista de derecho (Valparaíso)*, núm. 40 (2013): 643–86.
- Vial-Dumas, Manuel. *Pensando al juez*. Editado por David Martínez Zorrilla. Cátedra de cultura jurídica. Madrid: Marcial Pons, 2019.
- Yanes Sevilla, Marjorie Dayanara. “El testimonio anticipado como medio de prueba en delitos de abuso sexual: estudio de casos”. masterThesis, Quito, EC: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2021. <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/8202>.
- Unidad Judicial Multicompetente Civil con sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe. “Expediente Judicial”. *Caso Nro.- 19332201900429-Cobro de Letra de Cambio*, 8 de julio de 2019.
- Unidad Judicial Multicompetente con sede en el cantón Paltas Provincia de Loja. “Expediente Judicial”. *Caso Nro.- 11314202000316-Daños Materiales*, 21 de octubre de 2020.
- Unidad Judicial Multicompetente Penal con sede en el cantón Zamora, Provincia de Zamora Chinchipe. “Expediente Judicial”. *Caso Nro.- 19281202300007G-Archivo de la Investigación Previa*, 5 de enero de 2023.

Anexos

Anexo 1: Entrevista realizada al Abogado Carlos Pauta, defensor técnico del Caso daños materiales en accidente de tránsito Juicio 11314-2020-00316

Pregunta 1. ¿Usted fue abogado dentro de la causa 2020-316?

Respuesta. Sí, efectivamente yo patrociné esta causa que se llevó a cabo en la provincia de Loja, en el cantón Catacocha, se trató de un proceso de daños materiales por accidente de tránsito.

Pregunta 2. De forma sucinta, ¿cómo se resolvió el caso?

Respuesta. El caso se resolvió en procedimiento abreviado, la audiencia que estaba prevista para que sea de evaluación y preparatoria de juicio, y se definió al final como un proceso abreviado, dada la petición que hubo por parte de mi cliente en ese entonces, que era el procesado.

Pregunta 3. ¿Cuál era su teoría del caso respecto del proceso que se estaba llevando a cabo?

Respuesta. Como defensa técnica y con la experiencia que tengo en el tema de tránsito, la teoría del caso planteada inicialmente y la que mantuvimos hasta el momento antes de la decisión de mi cliente de acogerse al procedimiento abreviado, fue la existencia una responsabilidad compartida.

El lugar donde sucedió el accidente era una vía de tercer orden sin señalética, estrecha, por lo tanto, la responsabilidad era de ambos conductores, ya que fue un choque lateral, y se debía guardar el debido cuidado en la velocidad, y además tener conocimiento de que, en esas vías estrechas de tercer orden, se debía guardar distancia, y manejar con la debida precaución. De la forma en la que se desarrolló el accidente, dejaba prever que había responsabilidad compartida de ambos conductores. Por lo tanto, bajo esa idea, nuestro propósito era conseguir una sentencia absolutoria.

Pregunta 4. ¿Cómo se llevó hasta cabo este proceso de diligencias investigativas en esta fase de instrucción?

Respuesta. Se hizo dos peticiones investigativas en base a las facultades del fiscal. En primer lugar, hacer un nuevo reconocimiento en lugar de los hechos con un agente o perito distinto, incluso planteamos la posibilidad que se pueda hacer con uno de diferente provincia, ya que en la provincia de Loja los peritos ya se conocen, y tienen demasiada

relación con fiscales, con jueces, entonces se puede presumir de la existencia de cierta parcialización. Sin embargo, esa petición fue negada.

Dada esa negativa (sucedida dentro del término de instrucción fiscal). Se solicitó una reconstrucción del lugar de los hechos, para poder obtener pruebas que sirvan de base para nuestras alegaciones en la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, y así poder a lo mejor conseguir un dictamen abstentivo. Sin embargo, este último peritaje, es decir la reconstrucción de los hechos que solicitamos nos presentó problemas. En primera instancia porque el señor fiscal que estaba a cargo del caso, si bien ofició a la entidad que es el SIAT para que se haga el peritaje, y éste a su vez asignó un perito, sucedió que el día que se coordinó con el perito a realizar la reconstrucción de los hechos, el perito llegó minutos antes a la hora acordada, no se posesionó así tampoco, y la secretaria de fiscalía no le exigió comparecer para levantar el acta de posesión y simplemente acudió en ese momento al lugar de la pericia. Entonces cuando nosotros llegamos a la hora pactada, el agente encargado ya se había retirado del lugar.

Esas actuaciones se las puso en conocimiento del fiscal y trajo consigo que este proceso se retrasara en la pericia solicitada. Se le insistió a fiscalía que se realice este peritaje debido a que estaba pedido dentro del término de instrucción fiscal, sin embargo, el fiscal lo negó porque supuestamente ya se había coordinado, y no se había llevado a cabo.

Se puso en pleno conocimiento del señor fiscal, que efectivamente si bien se solicitó y se puso fecha, por falta de coordinación, y por falta de diligencia de los peritos no se llevó a cabo, porque ni siquiera se posesionó el perito, por lo tanto, no había constancia real de que en verdad la fecha que se estableció se cumplió. Pese a esas inconsistencias, el señor fiscal pidió el cierre de la instrucción fiscal.

Nosotros dentro del cierre de la instrucción fiscal insistimos para que se pueda ampliar y se pueda dar días para que se realice el peritaje de reconstrucción de los hechos. Sin embargo, no se atendió y solicitó que se fije al juez hora y fecha para llevar a cabo la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, sin realizar la reconstrucción de los hechos que pedimos dentro del término legal.

Pregunta 5. ¿Usted había dicho en un inicio que pidieron que se haga un peritaje de reconocimiento lugar de los hechos, pero con un perito diferente?

Respuesta. Sí, eso se pidió antes de la reconstrucción de los hechos. Sin embargo, no se atendió, dada la poca capacidad que tiene el sistema integrado de atención de

accidentes de tránsito, en la provincia de Loja. Entonces nos encontramos obligados a desistir de practicar esa prueba por las carencias técnicas que existían.

Pregunta 6. ¿Quién le negó, el fiscal o el sistema?

Respuesta. El fiscal diligenció. Sin embargo, ya para la coordinación no se pudo realizar por estas cuestiones, se pidió a la fiscalía que se pueda sortear o resortear en otra provincia para efectos de garantizar una objetividad en el caso. Y eso fue negado.

Fue negado de plano en vista de que no ameritaba (a criterio del fiscal) poder proporcionar este tipo de diligencia. Por lo tanto, desistimos de esa prueba y creímos, (ante esa negativa), que era pertinente mejor practicar la reconstrucción de los hechos.

Pregunta 6. ¿Usted cree que las facultades investigativas atribuidas a la fiscalía, como aquella institución encargada de investigar el delito?

Respuesta. Bien, hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la capacidad de fiscalía, de alguna manera, tendría esa forma dual de poder actuar. Porque, por una parte, busca elementos de cargo, pero también bajo el principio de objetividad, buscaría elementos de descargo. Sin embargo, no es menos cierto, y creo que es pleno conocimiento de quienes ejercen el libre ejercicio en la defensa penal, que los fiscales tienden a tener una especie de persecución a las personas una vez que se las procesa. Se entiende, obviamente, que al final, cuando un fiscal decide formular cargos, es porque tiene indicios de responsabilidad. Sin embargo, la etapa de institución fiscal, que es la cual da inicio al proceso, también es una etapa donde el fiscal podría buscar o tratar (al menos) de analizar, las pruebas de descargo que pueda tener el procesado.

Entonces, yo sí considero que cuando uno asume la defensa estrictamente del procesado, sí existen ciertas facultades investigativas que limitan la defensa técnica, porque al final hay casos en donde la persona carece de recursos económicos, y no puede pagar peritos y obtención de pruebas. Por lo tanto, se limita poder tener una lucha en igualdad de armas contra el aparataje estatal, ya que al final del día, pues, la fiscalía, con todas las instituciones que trabajan o coordinan trabajo con esta institución, tienen la facultad de poder realizar peritajes, nuevas valoraciones, criterios, incluso los funcionarios públicos mismos que trabajan en la investigación, han alineado criterio con fiscalía.

Pregunta 7. ¿Usted cree que existe una falta de objetividad en las labores investigativas entre peritos y fiscales debido a la estrecha relación que existe entre ellos?

Respuesta. Sí, obviamente no hay que dejar de lado que el fiscal es un ser humano, que tiene sus propias subjetividades, su construcción incluso como ente social,

y todo ello se traslada a las acciones que toma el fiscal para armar su estrategia investigativa y determinar las diligencias que ha de solicitar a las diversas instituciones de investigación bajo el mando de fiscalía. A más de ello, los sujetos involucrados en la investigación (peritos y fiscal principalmente), crean una relación funcional de trabajo, de amistad, crean lazos sociales, deportivos y de cualquier índole, en donde obviamente hace que fiscalía tenga una mayor ventaja respecto del manejo de los procesos con los entes que le sirven a fiscalía para poder hacer investigaciones. Mientras que, en algunos casos, la parte contraria de los procesados, pues, siempre el hecho de tener esa denominación de procesados, hacen que las instituciones no tengan, una debida diligencia para poder tratar algunas peticiones. Por lo tanto, sí podría existir cierta desventaja en estas, en estas situaciones.

Pregunta 8. ¿Por qué el procesado en este caso, tomó la decisión de someterse al proceso abreviado?

Respuesta. Bien, el procesado al final tomó la decisión de acogerse al procedimiento abreviado, dado el desgaste que tuvo como persona al observar las actuaciones de fiscalía, y al observar cómo se encontraba la postura y relación entre el fiscal y el juez. Es un cantón pequeño donde se llevó el proceso, en donde el ámbito social y laboral del juez y fiscal es muy pequeño, por lo tanto, ellos tenían una especie de contacto frecuente. Todas estas formas, incluso el trato entre el fiscal y el juez previo a la audiencia, sumado a todo el desgaste que tuvimos respecto de las negativas de las diligencias investigativas, de cómo se llevó a cabo la reconstrucción de los hechos, ya que el fiscal nos negó, y para que se pueda dar esta reconstrucción de los hechos, tuvimos que llegar a la audiencia de preparatoria de juicio y exigirle al juez que esta petición había sido hecha dentro del término de instrucción fiscal, y que por lo tanto, debería exigir a la fiscalía que se nos permita hacer la reconstrucción de los hechos. Y es así que el juez declaró una nulidad parcial, y exigió que la fiscalía coordine con nosotros, (en este caso la parte procesada), para que se lleve a efecto la reconstrucción de los hechos, ya que hemos pedido eso dentro del término.

Todas las situaciones desgastaron, e hicieron de alguna manera desanimar respecto del debate que debía darse en audiencia; y, en el momento de la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, dado al desgaste al que refiero, y que se habían suspendido por tres veces las audiencias, el procesado decidió acogerse al procedimiento abreviado y dar por finalizado el proceso para no tener más gastos económicos, y evitarse más contratiempos con las fechas de audiencia, ya que para él irse a juicio era aún más

desgastante y había tenido suficiente mala experiencia por cómo se llevó el proceso, así que mejor decidió asumir la culpa, y pagar la cuantía por los daños que le estaban imputando.

Pregunta 9. ¿cómo se sintió su cliente en el momento de que parecía o se evidenció de que no había las suficientes garantías para que se lleve un proceso justo?

Respuesta. Como refería antes, en algún punto de inicio del proceso a mi cliente le quedaban muchas dudas y desánimo, producto de que él conocía la relación estrecha entre el fiscal, los peritos, y el señor juez. Al ser un cantón pequeño, compartía un espacio social bastante corto y por lo tanto tenían un espacio de conversación bastante amplio. Esto se pudo evidenciar con mucha frecuencia y con más intensidad en la reconstrucción de los hechos, a donde acudió el fiscal con los agentes investigativos que iban a realizar el peritaje y así también las partes procesales.

Incluso él me expresaba que él se encuentra desanimado del proceso, de cómo se está llevando a cabo, dado de cómo se trataban o cómo había una estrecha amistad y cordialidad entre el fiscal, y entre los agentes que hacían el peritaje.

Y eso era evidente por la forma en la que se trataban, por la forma en la que conversaban. Entonces toda esa cuestión emocional se transmite a las personas que están dentro del proceso, y por lo tanto genera una especie de desánimo o tristeza para poder continuar con el proceso, porque ya sienten que el caso está perdido.

Entonces lo que puedo concretar aquí, es que sí existió un desgaste emocional para mi defendido por la forma en la que se llevó el proceso, por lo tanto, esto se transmitió tanto que al final ya en su fuero interno mi defendido, incluso casi sin consultarme, y por decisión propia, atribuirse la responsabilidad del accidente y acogerse al procedimiento abreviado.

Pregunta 10. ¿existían medidas cautelares vigentes?

Respuesta. Si, tenía medidas cautelares, pesaban sobre él: la prohibición de salida del país, la presentación periódica cada ocho días, y la prohibición de enajenar bienes.

Pregunta 11. ¿cree que estas medidas cautelares también fueron una forma de presión para que el procesado se someta al procedimiento abreviado?

Respuesta. Sin duda alguna, porque esto generó un choque emocional, porque sentía que el accidente de tránsito que desató daños materiales no era meritorio para que se le pueda imponer este tipo de restricciones. Incluso se había solicitado por la defensa, que la presentación sea una vez al mes, sin embargo, por pedido de fiscalía, (como que fuese un delito exageradamente grave), se le pidió que las presentaciones las haga cada

ocho días. Entonces obviamente esto va a influir, tener que irse a presentar en la fiscalía cada ocho días por un delito de tránsito, es desproporcionado, y además tener esa prohibición de salida del país, y prohibición de enajenar bienes, y todas las cuestiones que implican las notificaciones, crean un desgaste. Y, por lo tanto, existe una presión emocional bastante cargada.

Pregunta 12. ¿Usted cree que esta desigualdad de posiciones, de las que usted empíricamente ha hablado entre fiscalía y procesado, genera vicios y además genera que exista una parcialización, antelada o prematura del fiscal?

Respuesta. Claro, sin duda. Hay que tener claro que la fiscalía en algunos casos, ejerce la labor investigativa solo con elementos de cargo, y no establece un planteamiento en el cual permita a lo mejor poder analizar posibles elementos de descargo, hacer un análisis más profundo, más sucinto de cómo sucedió a lo mejor un hecho, en este caso particular, este accidente de tránsito. Si no, únicamente se limitan a leer la parte de conclusión que elabore un perito, perito que, dicho sea de paso, muchas de las veces ya se encuentran alineados con el fiscal, o al criterio que antepone ya el fiscal en conversaciones previas que a veces tienen por teléfonos, por chat, o a veces en los círculos que referí, como deportivos o sociales que ellos mantienen.

Y esto genera sin duda una especie de desigualdad, porque a una audiencia, en este tipo de casos o en cualquiera, va al procesado con su defensor y también se dirigen los demás participantes como son el juez, el fiscal, los peritos, etc.

Pero ellos ya han tenido conversaciones previas sobre el asunto y han creado criterio, han construido una idea sobre cómo se desarrolló cierto tipo de hecho, generando una especie de desigualdad de armas.

En el caso concreto, esto se mostró así porque ya existió una especie de parcialización del fiscal sobre el caso que él manejaba. Es así que nosotros, por tres ocasiones, tuvimos que suspender la audiencia preparatoria de juicio porque en las tres ocasiones se presentaron inconsistencias o inconvenientes en el manejo del expediente fiscal. El primero, respecto de la negativa de realización, o la falta de diligencia de realizar la reconstrucción de los hechos que fue pedida dentro del término a la cual el juez tuvo que ordenar que se realice. El segundo evento, respecto de la no incorporación del informe al expediente fiscal y la falta de diligencia por parte del señor fiscal, que incluso sin antes haber recibido el informe de reconstrucción de los hechos, que le podría a lo mejor permitir hacerse, hacer un nuevo criterio, incluso sin antes recibirlo, ya pidió fecha para la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Es decir, sin haber analizado una

prueba que a lo mejor podría haber servido de descargo, él ya solicitó una audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Cuando lo correcto hubiese sido que analice estas pruebas solicitadas que pueden brindare elementos que permitan hacer a lo mejor un dictamen abstentivo. Y el tercer evento que tuvimos fue cuando no se nos notificó como defensa, con la incorporación en cambio del informe para poderlo revisar, analizarlo y poder a lo mejor de ahí obtener algunos elementos que nos permitan hacer descargo o conseguir en la audiencia de juicio un sobreseimiento. Por lo tanto, todo esto genera que los procesados o las personas que participan del proceso como investigados tiendan a desanimarse, y mejor reconocen cierto tipo de hechos para así de alguna forma acabar el sufrimiento legal que les lleva esto en sus familias, los gastos. Y de alguna manera se terminaría dando la razón a un ente de investigación como fiscalía, no por el tema técnico o por la certeza, sino más bien por la forma en la que el sistema oprime o de alguna manera, pone en la cuerda floja a los investigados, ya que se imponen medidas de prohibición de salida del país, presentación periódica, prohibición de no enajenar bienes, además de eso los gastos que implica pedir otro tipo de peritajes, diligenciar en las instituciones, las movilizaciones, más aún como en el caso de los procesos de investigación.

Anexo 2: Entrevista realizada a la señora Paulina M, denunciante de hechos presumiblemente imputables a estafa, fraude procesal y uso doloso de documento falso

Pregunta 1. ¿Podría comentarme las generalidades de su caso?

Respuesta. Realmente fue un proceso muy pesado, un proceso en el cual mucha angustia y desesperación, puesto que nosotros queríamos y pretendíamos que la ley, en realidad, la parte jurídica nos pueda dar la razón en algo que nos hicieron un daño. ¿Por qué digo un daño?, porque fue un daño tanto moral, un daño económico, y un daño familiar.

Respecto a ese trámite, efectivamente con mi esposo conjuntamente hicimos una denuncia ante la fiscalía por fraude, debido a una letra de cambio que fue alterada. Le comento rápido, que fue una letra de cambio que venía de un trámite de una adquisición de una propiedad, por ende, se firmó como garantía unas letras de cambio y esta persona alteró dicha letra y le puso un número y nos cobró diez mil dólares de más. La letra fue firmada tanto por mi esposo, como por mi persona, pero nunca fue llena, fue firmada en parcialmente en blanco. Sin embargo, pese a que en el proceso se mostraron evidencias, en la judicatura no nos dieron la razón, más bien le dieron la sentencia a la otra parte de que todo estaba bien, y por eso acudimos a la fiscalía. En la fiscalía se puso la denuncia, pero lastimosamente, puedo decirlo así con toda la claridad, todo estuvo amañado o estuvo tapado, no sé cómo se lo puede expresar legalmente, pero recurrió tanto tiempo, fue un tiempo tan grande hasta que el fiscal al fin nos pudo dar una respuesta a nuestro pedido, respuesta en la cual no se hizo investigación alguna, simplemente se hizo un trámite en el cual mandaban a un departamento “x” para que puedan hacer la revisión.

Decirle como conclusión de cómo me siento, si la justicia fue clara, acertada con mi caso, no fue así. No fue porque no se llegó a indagar, hubo algún proceso en la judicatura en la cual pedimos, un perito, el perito dio su revisión, hubo audiencias, se determinó que esa letra no era llenada por mi persona, ni por mi esposo, que hubo una alteración, pero no llegó a más que eso. El caso en la judicatura, dijeron que tenía que pagarse esa letra de cambio, por ende, nosotros hicimos la demanda en fiscalía y en fiscalía el caso es archivado.

El sentir de nosotros como ciudadanos, como familia, como pareja, totalmente una desilusión total, al menos lo legal aquí en Zamora, como lugar, como provincia, lastimosamente se deja ver que las autoridades, que las personas que tienen que ver con

la ley clara, precisa, como así lo dice el Estado, no cumplen a cabalidad, por razones probablemente de que todos son conocidos, por temor a dañar sus relaciones sociales y económicas, tienen amañado, tienen tapados, los procesos legales.

Pregunta 2. Su denuncia estaba orientada a la determinación de la falsedad materia de la letra de cambio, para determinar esto, pues, en primer lugar, ustedes hicieron un peritaje en la vía civil, que determinaba que efectivamente existía una falsedad materia. A, a todo esto, me gustaría saber si, el fiscal teniendo en cuenta las versiones suyas y un peritaje en la vía civil, ¿El fiscal mandó a hacer otro peritaje?

Respuesta. Sucede que a pedido de nosotros el fiscal mandó a hacer el peritaje de grafología, mandó a la PJ o a la policía, como aquí lo conocemos, nos mandó a un determinado departamento. Así fue, cumplimos la fecha, llegamos a ese lugar y nos tomaron las muestras de escritura, tanto de números como de letras, a mi esposo y a mí. Un tiempo que nos duró más o menos una hora y media, dos horas que nos estuvieron haciendo esa toma de, de muestreo. Estábamos esperando que den el resultado en el debido momento, en el, creo que era entre 20 días, a un mes más o menos lo que demoraba, eso, pero hasta ahí llegamos.

Nunca supimos en realidad cuál fue el informe que pasó esta persona. Más sucede que aquí de boca en boca conversando quién era la persona, dónde está la persona que iba a emitir el informe, nos hicieron conocer que esta persona había tenido un cambio de ciudad y lo mandan a otra ciudad. Hasta ahí llegó.

Mi abogado hizo presión del tema, a ver qué ha pasado, qué suscitaba, volvió a requerir que se haga otra vez esta prueba y le designaron a otra persona, a sí mismo. Fuimos al lugar y nos decían que el perito estaba ocupada, que estaba de vacaciones, que no había tiempo.

Hasta ahí llegó el tema. Hicieron presión, mi abogado insistió, insistió mucho de la vez hasta que un día me comuniqué y me dice que el caso ha sido archivado y yo en lo personal. En lo personal conversé con el señor fiscal, dije le pregunté lo que procedía, lo que había que hacer y él me supo decir que ya nada porque no se puede hacer más. Entonces, la presión como tal, como personas naturales nosotros, no podíamos llegar más allá porque en realidad no nos daban paso ni siquiera a poder saber qué era lo que estaba sucediendo con nuestro trámite. En conclusión, si denunciemos por un delito de falsificación material, debía haberse investigado al menos los indicios.

Pregunta 3. ¿Nunca se practicó esta pericia, ni se hizo un informe y el fiscal nunca resolvió en torno a un informe pericial??

Respuesta. Exactamente, así mismo es. Nunca hubo un informe de por medio.

Pregunta 4. ¿Nos podría comentar un poco sobre el perjuicio que les provoco este asunto?

Respuesta. A ver, si vamos al perjuicio moral, personal y todo. En lo personal me dañaron mi imagen como persona, como profesional, mi imagen como ciudadana de Zamora, donde yo resido actualmente. En lo laboral, me afectó mucho, a mi esposo también, porque aquí la ciudad es pequeña y todos nos comunicamos. Se nos tachó y se nos trató de que nosotros, nos hacían un favor y nosotros no solíamos pagar los favores que nos hacían, cuando en realidad no fue esa la realidad del caso de ese documento de letra de cambio.

En lo económico, creo que fue un daño tan grande que hasta ahora no logro terminar de pagar los honorarios del abogado. Y fueron tantas cosas que sucedieron en ese momento que, en el trabajo, inclusive hubo unos trabajos que no nos dieron, porque aquí, como le digo, todos conversan y no se nos facilitó.

Eso le puedo decir, si fueron tantos daños que creo que las lágrimas, cada lágrima que derramamos no se va a pagar en dinero, rompieron algunas amistades, como le digo, algunos trabajos perdimos por esa situación, porque muchas de las veces la realidad no conoce la gente como las cuestiones. Y a veces hablan.

También de situaciones del poder político que muchas veces las personas tienen aquí o del poder en familia que tienen. Como le digo, Zamora es pequeño.

Pensamos que a lo mejor con esta denuncia que hacíamos, porque la persona a la cual denunciábamos ya tenía un antecedente de que sabía que esa persona ha sabido hacer lo mismo en repetidas ocasiones, ellos no tenían evidencia y nosotros presentamos suponiendo que a lo mejor ya con eso podíamos matar de raíz esa situación con esas malas personas. Y, curiosamente, como le digo, nos dieron la puerta en la cara, no nos ayudó la fiscalía y quedamos de manos cruzadas con esta información.

Pregunta 5. ¿Considera usted que existe una desventaja entre las personas que buscan justicia, y aquellos que tienen ese poder político y económico del que usted menciona?

Respuesta. Eso si doctor, aquí en la ciudad la gente está rodeada de poder político y económico, todas son familias, se llevan y es mucha desventaja, no es poca, es mucha desventaja la que tenemos las personas normales para poder hacer una defensa justa y legal aquí en el sector de Zamora Chinchipe, quisiéramos cambiar esa forma en que

trabajan los operadores de justicia, pero estos poderes son muy influyentes aquí en Zamora.