

Pontificia Universidad Católica del Ecuador

Facultad de Jurisprudencia

Escuela de Derecho

Trabajo de Integración curricular previo a la obtención del título de abogada

Tema del trabajo de titulación:

Alcance del control jurisdiccional del principio de igualdad durante las fases investigativas del proceso penal.

Autora:

Zarai Victoria Reina Coral

Docente sugerido para la dirección:

Dr. Byron Andrés Ruiz Herrera

Fecha

Quito, a diciembre, 2023.

DEDICATORIA

Este trabajo investigativo e intelectual lo dedico a mi madre Liliana Coral, y a mi abuelita Marianita Tulcán, que con su apoyo constante y ánimo supieron alentarme y guiarme para culminar todo este proceso educativo de mi carrera. Les agradezco por ser mi mayor inspiración y por enseñarme que todo esfuerzo tiene su recompensa.

A mis hermanas, quienes estuvieron siempre dándome el ejemplo de que quien persevera alcanza grandes metas, su optimismo constante y comprensión fueron mi motor para continuar en los tiempos difíciles.

A mis mejores amigos que sin duda estuvieron siempre ahí animándome y dándome los mejores consejos para continuar, pues a ellos les agradezco por darme las mejores risas y momentos de esta formación académica, ya que en esta etapa universitaria un buen amigo nunca debe de faltar para compartir los buenos y malos momentos.

A mis jefes, quiénes me enseñaron el área práctica de la carrera y me formaron profesionalmente para enfrentarme a los grandes desafíos, pues sin el conocimiento y apoyo de ellos, no sería la profesional en la que me estoy convirtiendo.

Finalmente, dedico este trabajo a una persona que ya no está, a mi abuelito quién fue mi mayor motivo e inspiración para terminar este trabajo investigativo y esta carrera. Pues su ausencia me incentivo a que hay cosas que con dedicación y esfuerzo se logran.

AGRADECIMIENTO

Quiero expresar mi profundo agradecimiento a mi gran tutor el Dr. Andrés Ruiz Herrera, que por su constante y arduo apoyo siempre estuvo dispuesto a enseñarme y a aportar con todo su conocimiento a este proceso de investigativo. Pues, sin su gran ayuda y dedicación este trabajo no fuera lo que es.

Gracias por compartir generosamente su conocimiento, por brindarme la mejor orientación y por motivarme a alcanzar estándares más altos. Su compromiso con mi crecimiento académico y profesional ha dejado una marca en mi trayectoria como estudiante.

De igual manera, quiero agradecer a una persona muy especial que durante toda esta trayectoria supo motivarme, alentarme a concluir este trabajo investigativo.

Finalmente quiero expresar mi más sincero agradecimiento a todas las personas que formaron parte de esta etapa académica, que junto con su acompañamiento y aliento siempre me motivaron para dar mis mejores esfuerzos.

RESUMEN

El presente trabajo investigativo consiste en analizar y determinar si el alcance del control que tiene el órgano jurisdiccional en las fases investigativas del procedimiento penal ordinario, respecto del principio de igualdad, es suficiente. Aquello se relaciona con el estudio de las características del sistema acusatorio formal o mixto y con las garantías del debido proceso.

Ahora bien, analizaré específicamente la fase de investigación previa como la instrucción fiscal, ya que en estas fases existe una falta de aplicación del principio de igualdad por parte de la Fiscalía general del Estado y una falta de control por parte del Juez de Garantías Penales respecto de las actuaciones y diligencias que se dan por los sujetos procesales. No obstante, se demostrará con documentación y entrevistas realizadas a Jueces de Garantías Penales como a abogados en libre ejercicio del Derecho Penal, que la Fiscalía no goza de controles eficientes para precautelar que su actuar no sea arbitrario y que, a su vez, el órgano jurisdiccional no cuenta con los mecanismos normativos para garantizar el efectivo goce de los derechos de los sujetos procesales.

Esto, además, implica que en mucho de los casos que se detallarán a lo largo de este trabajo el investigado/procesado no cuenta con los medios suficientes para ejercer y hacer valer sus garantías del debido proceso mismas que se relacionan con las características del sistema acusatorio formal/mixto.

Finalmente, este principio de igualdad implica que todos los sujetos procesales tengan las mismas oportunidades procesales, de defensa y probatorias en estas fases investigativas. Sin embargo, esta finalidad en el área práctica del derecho procesal no se cumple.

Palabras clave: Investigación previa. Instrucción fiscal, Fases del procedimiento penal, Fiscalía general del Estado. Control jurisdiccional.

ABSTRACT

The criminal process in the investigation phases of ordinary criminal proceedings is analysed in this research. The system by which the criminal process is framed is the formal or mixed accusatory system. Several characteristics are derived from this system, such as orality, publicity, contradiction, and equality.

I will now analyze the pre-trial phase as a prosecutorial instruction. In these phases there is a lack of application of the principle of equality by the Public Prosecutor's Office and a lack of control by the Criminal Guarantees Judge over the actions and procedures undertaken by the subjects of the proceedings. However, through documentation and interviews with judges of criminal guarantees as well as lawyers in the free practice of criminal law, it will be demonstrated that the Public Prosecutor's Office does not have control and the judicial body does not have the normative mechanisms to guarantee the effective enjoyment of the rights of procedural subjects.

This also means that, in many of the cases described in this paper, the investigated/prosecuted person does not have sufficient means to exercise and enforce his due process guarantees, which are related to the characteristics of the formal/mixed accusatory system.

Finally, the principle of equality implies that all those involved in the proceedings have the same procedural, defensive and evidentiary opportunities during these stages of the investigation. However, this objective is not achieved in the practical area of procedural law.

IV. ÍNDICE

RESUMEN	IV
ABSTRACT.....	V
V. INTRODUCCIÓN	7
VI. DESARROLLO DEL TEXTO	8
1. SECCIÓN: DEFINICIONES, CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS JURÍDICOS DEL SISTEMA ACUSATORIO MIXTO O FORMAL EN LAS FASES INVESTIGATIVAS DEL PROCESO PENAL.	8
SISTEMA ACUSATORIO (FORMAL O MIXTO):	8
ORAL Y PÚBLICO:	11
CONTRADICCIÓN E IGUALDAD PROCESAL:	16
2. SECCIÓN SEGUNDA. - ANÁLISIS DE LOS SUJETOS PROCESALES, DEL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS:	20
PRIMER SUJETO PROCESAL: LA FISCALÍA	20
SEGUNDO SUJETO PROCESAL: EL INVESTIGADO/ACUSADO.....	24
TERCER SUJETO PROCESAL: LA VÍCTIMA	32
EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES COMO ENTIDAD DE CONTROL	34
3. SECCIÓN TERCERA: FINALIDADES DE LAS FASES INVESTIGATIVAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL:	36
DE LA FASE DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA:	37
DE LA FASE DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL:	40
VII. CONCLUSIONES:	41
RECOMENDACIONES:.....	43
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	Error! Bookmark not defined.

V. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho Penal, un tema de gran relevancia y actualidad es el análisis del alcance del control jurisdiccional en relación con el principio de igualdad durante las fases investigativas del proceso penal. El propósito de esta introducción es discutir los aspectos y problemas asociados con la implementación de este principio, enfatizando en la falta de mecanismos normativos de los que no dispone el órgano judicial para controlar y garantizar los derechos de los sujetos procesales en estas fases, así como, el análisis de casos y circunstancias prácticas que demuestran las actuaciones abusivas de la Fiscalía General del Estado y de las vulneraciones de las garantías del debido proceso del investigado o procesado.

El principio de igualdad, que está establecido tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos, afirma que todas las personas deben ser tratadas de manera igualitaria por la ley y, como garantía del debido proceso, implica igualdad de armas entre los diversos intervinientes en el litigio que se lleva ante el juzgador para su resolución. La aplicación de este principio en el proceso penal durante las fases investigativas, donde las decisiones tomadas pueden tener un impacto significativo en el resultado del proceso, implica la posible vulneración de derechos constitucionalmente reconocidos.

Tomando en cuenta lo mencionado, el control jurisdiccional en estas fases llega tardío dado que, el investigado o procesado no puede ejercer su derecho a la defensa o a la contradicción por la falta de mecanismos normativos ni jurisdiccionales, que no existen en estas fases sino en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio.

Por otro lado, Fiscalía como un órgano autónomo, titular de la acción penal y el encargado de direccionar las fases investigativas del proceso penal, se evidenciará a lo largo de este trabajo investigativo que este sujeto procesal no tiene un control en el caso de que sus actuaciones abusivas y que además no aplica su principio de objetividad ni de igualdad correctamente ya que aquello genera una situación de desigualdad y vulneración a las garantías constitucionales del investigado o procesado.

Para finalizar el control jurisdiccional y el principio de igualdad debe ser efectivo, imparcial y capaz de detectar y corregir cualquier desviación o discriminación que pueda surgir durante la investigación, ya sea por acción o por omisión para así respetar los derechos de los sujetos procesales.

VI. DESARROLLO DEL TEXTO

1. SECCIÓN: DEFINICIONES, CARACTERÍSTICAS Y PROBLEMAS JURÍDICOS DEL SISTEMA ACUSATORIO MIXTO O FORMAL EN LAS FASES INVESTIGATIVAS DEL PROCESO PENAL.

El procedimiento penal ordinario está regulado desde el artículo 580 al artículo 633 del Código Orgánico Integral Penal, en adelante COIP, dentro de dicha regulación, se dispone que el trámite estará conformado de una fase preprocesal, llamada investigación previa, y tres etapas procesales las cuales son: la etapa de instrucción, la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio y el juicio.

Toda vez que se ha delimitado cuál es el tipo de procedimiento aplicable, voy a analizar el sistema por el cual se rige el procedimiento penal ordinario ecuatoriano; así, debo empezar por mencionar que la característica básica del mismo es ser un sistema acusatorio formal (mixto), determinado en el artículo 195 de la Constitución (en adelante CRE), (CRE, 2008, art. 195) y ratificado por el artículo 410 del COIP (COIP, 2014, art. 410):

Art.- 195 CRE. - La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de la víctima.

Art.- 410 COIP. -Ejercicio de la acción. -El ejercicio de la acción penal es público y privado. El ejercicio público de la acción corresponde a la Fiscalía, sin necesidad de denuncia previa.

SISTEMA ACUSATORIO (FORMAL O MIXTO):

El sistema acusatorio según el autor Manuel Rodríguez, se basa en “*la existencia de una dualidad entre partes (acusación y defensa) situadas en igualdad de condiciones frente a un tercero imparcial (juez). La necesidad de que exista una acusación previa (y quien la sustente) constituye el elemento diferencial del sistema acusatorio frente a los demás modelos de enjuiciamiento criminal, Vega, (2013).*”

Es decir, la esencia del sistema acusatorio es la división de funciones para que el juzgador sea únicamente quién resuelva la situación jurídica del procesado en el momento

procesal oportuno, tras un juicio con las debidas garantías, deslindando de sus potestades el ejercer la acusación formal previo al juicio; pues si ambas funciones confluyesen en el juzgador (acusar y juzgar), se generaría con ello una falta de imparcialidad notoria, al haberse pronunciado el juzgador, previamente a la sentencia, sobre la culpabilidad del imputado.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante Corte IDH), ha definido al principio de imparcialidad y al alcance de este en el caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay:

La garantía de imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y ofreciendo garantías suficientes, de índole objetiva, que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad. Esta garantía implica que los integrantes del tribunal, o de la autoridad a cargo del procedimiento, no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia, sino que actúen única y exclusivamente conforme a y movidos por el derecho “Énfasis añadido”, (Corte IDH, Serie C No. 429, 2021, párr. 118)

La Corte Nacional de Justicia, a su vez, en la sentencia No. 09-2016 determinó lo siguiente, respecto de la imparcialidad en el proceso penal:

(...) La imparcialidad de los juzgadores es determinante en el proceso penal y consiste principalmente en “(...) encomendar a un tercero desinteresado y ajeno a la contienda la resolución de una controversia surgida entre dos intereses particulares (...)”, aspecto trascendental de un juicio justo, en pro del respeto a los derechos fundamentales de los justiciables, debiendo los jueces formar su criterio y decisión, sin ningún otro interés, más que la aplicación correcta de la normativa jurídica vigente, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Penal, (2016) FJ Sentencia No. 09-2016.

Es por ello que se separan los poderes y funciones y se entrega la función de acusación a una entidad autónoma y distinta al juzgador, misma que podría ser la propia víctima de la infracción, o, a su vez, una entidad pública, como en nuestro caso, en el que el ejercicio de la acción penal es público, y la Fiscalía General es la entidad estatal encargada de tal ejercicio, la que, devenido de su capacidad acusatoria, adquiere también la dirección de la investigación pre procesal y procesal penal, para lograr descubrir la verdad sobre los hechos puestos a su conocimiento, como posibles infracciones penales.

Más adelante, dentro de este trabajo, precisamente se determinará que el haber entregado el ejercicio de la acción pública penal y la dirección de la investigación a Fiscalía General del Estado, bajo la correcta finalidad de evitar la parcialización del ente juzgador penal, ha otorgado atribuciones exorbitantes al ente acusador, quien, durante las fases investigativas del procedimiento penal, como veremos, no tiene un control amplio y oportuno por parte del órgano jurisdiccional en sus actuaciones, sino que, al contrario, dicha capacidad de control es muy limitada y llega muchas de las veces tarde, cuando el derecho ya ha sido vulnerado al investigado/procesado.

Ahora, toda vez que se ha definido al sistema procesal acusatorio, es pertinente analizar la sub variante del mismo denominado sistema acusatorio formal o mixto. Este sistema, también pretende buscar la imparcialidad del juez al dividir las funciones de juzgamiento y acusación; sin embargo, a diferencia del sistema acusatorio puro, dicho sistema mixto da una mayor representatividad al juzgador en el control de las acciones investigativas y acusatorias de Fiscalía.

En este sistema, el juez sí puede tener un control en las fases de investigación del proceso penal, creándose la necesidad, derivada de esta característica, de generar una figura jurisdiccional distinta al Tribunal de Juicio, denominada usualmente como Juez “de Instrucción”, “de Investigación” o “de Control”, mismo que no solo hace un control ex post, es decir, actuando al calificar la acusación formal que levanta la Fiscalía al final de su investigación, sino que además, durante la misma, está encargado de vigilar los derechos y garantías del investigado/procesado durante ciertos actos investigativos que pudiesen tener alto impacto en los mismos.

A este control que ejecuta el juez de garantías, en la fase inicial de la investigación, se lo suele llamar principio de jurisdiccionalidad, el cual Orlando Alvarado lo define como: “... *el postulado que impone la necesidad de que dentro de la actuación penal todas las medidas restrictivas o limitativas de los derechos del indiciado, imputado, acusado o condenado sean tomadas únicamente por los jueces*”, Pérez, (2015).

Teresa Deu, en su libro de los Sistemas Procesales Penales indica lo siguiente respecto del sistema acusatorio mixto y la intervención del juzgador en el mismo:

La nota común a todos ellos [hablando del sistema acusatorio mixto] es la atribución al órgano jurisdiccional de la potestad y la obligación de analizar y revisar

la acusación o de rechazarla, cerrando la posibilidad del enjuiciamiento, si la estima errónea, desviada, inconsistente o infundada, Deu, (2012).

En este sistema, el juez de control, como se lo ha venido mencionado, juega un papel importante ya que es un tercero imparcial que no interviene de forma directa en la investigación de la infracción ni en la formulación del ejercicio de la acción contra quienes la han cometido, sino que únicamente ejecuta un control jurídico de ciertos pedidos investigativos del director de la investigación para posteriormente decidir sobre la continuación del proceso penal al final de la misma, con un control de calidad sobre los fundamentos jurídicos y fácticos que le presenta el Fiscal a través de su acusación formal.

En este sentido, lo que al sistema acusatorio le hace que sea formal es, que tanto el juez de garantías tenga la capacidad de revisar la acusación de la Fiscalía en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio, según lo dispuesto en el artículo 601 del COIP, así como por la consagración del principio de juridicidad en el artículo 444, último inciso de dicho cuerpo de normas, en el que si Fiscalía pretende limitar los derechos del procesado, deberá hacerlo por medio de una autorización del juzgador.

ORAL Y PÚBLICO:

Continuando con las demás características del sistema procesal penal ecuatoriano, se puede decir también se caracteriza por ser un sistema oral y público, caracteres que se hallan establecidos en el artículo 168 numeral 6 de la CRE: “(...) *Todos los procesos, en este caso el proceso penal, deben de llevarse a cabo en su totalidad, desde su inicio y hasta su conclusión de forma oral, publica y contradictoria*” (CRE, 2008, art. 168 numeral 6); estos principios, legalmente se los encuentra en el artículo 5, numerales 11 y 16 del COIP.

Cabe señalar que, de forma general, el sistema procesal penal ha adoptado un mecanismo de tramitación oral, sin embargo, las fases investigativas del procedimiento penal ecuatoriano en su gran mayoría se llevan únicamente a través de tramitaciones escritas respecto de las diligencias que realiza Fiscalía para aclarar los hechos denunciados, siendo que inclusive, sobre las decisiones de Fiscalía de practicar determinada actuación o de no dar paso a aquellas solicitadas por el investigado o acusado, no existe un mecanismo oral o ni siquiera escrito por el cual el procesado se pueda oponer a tales decisiones o ejercer contradicción, ejemplo de esto se da cuando se pretende limitar sus derechos con una actuación investigativa y el fiscal se ve obligado a solicitar la autorización al juez, pues todo el procedimiento es por escrito y el investigado no tiene la facultad de oponerse.

El uso del sistema escrito en la comunicación que el juzgador mantiene con las partes durante el desarrollo de las fases investigativas del procedimiento penal (es decir, por sobre las audiencias de formulación de cargos y preparatoria de juicio), es eminentemente escritural, además trae otro tipo de circunstancias, pues como el juzgador no ejecuta un acto oral de enfrentamiento entre las posiciones de Fiscalía e investigado/acusado, las solicitudes tanto de Fiscalía como la de los juzgadores no guardan escrutinio social o del propio investigado en un acto de contradicción directa, haciendo aquello que actos como las autorizaciones judiciales no cumplan con los parámetros mínimos de la motivación.

A continuación, se transcriben textualmente pasajes de las entrevistas realizadas a dos Jueces de Garantías Penales sobre el tema, de lo cual por cuestiones académicas los nombres se mantendrán en reserva, al igual que el del resto de entrevistas efectuadas para efectos de esta tesis; sin embargo, para un mejor entendimiento de las respuestas vertidas por cada uno de los juzgadores, se los denominará como Juez número uno y Juez número Dos.

El juez número¹ uno respecto de este problema jurídico, esto es, el uso de un mecanismo escrito y la falta de motivación indicó lo siguiente:

“No existe ninguna motivación [por parte de Fiscalía], siempre va a ser primero desde el parámetro fáctico es una verdad histórica para que se pueda plasmar en la verdad procesal, pero a veces completamente el test de motivación de la racionalidad la comprensibilidad y la lógica va a tener vicios motivacionales” (Juez número 1, 2023).

El juez número dos², indicó lo siguiente:

Lamentablemente Fiscalía no genera una buena motivación, no fundamenta de manera correcta y no maneja un nexo entre lo solicitado. (...) Yo como juez tengo que solicitar a la Fiscalía que completen en debida forma y que aclaren lo que solicitan. No existe una buena motivación hacia nosotros como jueces. Incluso tienen sus formatos preestablecidos (Juez número 2, 2023).

Es decir, cuando al juzgador le llegan las solicitudes de la autorización judicial, en base a su experiencia, se observa que las mismas no cuentan con una debida motivación.

Al respecto, el tratadista Pedro Angulo indica lo siguiente:

El deber de motivar constituye una vacuna imprescindible que previene la arbitrariedad en el ejercicio de las facultades y atribuciones que la ley otorga a los fiscales, para el cumplimiento

¹ Entrevista realizada 05 de octubre de 2023.

² Entrevista realizada el 03 de octubre de 2023.

de los fines de su institución. (...) Tal deber de motivar debidamente es imprescindible que se exija, sobre todo teniéndose en cuenta el espacio de discrecionalidad otorgado por la ley al fiscal, Angulo, (2007).

Ahora, al referimos del principio de publicidad, se puede decir que aquel brinda una transparencia al proceso legal, además que establece un importante mecanismo de control social sobre la actuación de los jueces y demás participantes en el proceso judicial, incluida la Fiscalía. Este principio guarda especial atención para los funcionarios públicos que no son escogidos a través de elección popular, como los jueces y fiscales, pues su legitimación de ejercicio deviene de la capacidad del público de controlar el procedimiento y motivación de sus actuaciones.

La publicidad, implica la posibilidad de que los ciudadanos y las partes interesadas asistan a las audiencias, permitiendo (salvo casos excepcionales)³ que se desarrolle en un entorno abierto y accesible, donde las decisiones judiciales se toman en presencia de observadores imparciales. Esto, fortalece la confianza en el sistema de justicia.

Sin embargo, observamos también sobre este principio que se repite lo que se ha venido mencionado anteriormente, esto es, que se encuentra limitado durante la investigación penal, en especial respecto de la investigación previa, dado que el propio COIP determina en su artículo 584 que esta fase del proceso penal es reservada, inclusive tipificando como actividad delictiva la revelación de la información producida durante esta fase pre procesal, (COIP, 2014,art. 584).

Algo más grave para la publicidad es que la extensión de esta reserva investigativa, inclusive hacia el propio investigado, ha estado en tela de duda dentro del sistema procesal ecuatoriano, debido a que el citado artículo 584 del COIP, dispone que aquel individuo tendrá acceso al expediente cuando lo solicite, siendo esta última frase una posibilidad interpretativa para que la Fiscalía entre en arbitrariedad, pues con base en lo mencionado se podría entender que tal entidad puede o no notificar con el inicio de la investigación al investigado, al interpretarse que Fiscalía le dotaría de acceso al expediente únicamente frente a una solicitud

³ Las excepciones a las audiencias públicas son aquellas que son reservados con respecto a los delitos que se relacionan con la integridad sexual y reproductiva, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar. De igual manera el juez, puede limitar el ingreso del público a la sala de audiencias, así como disponer que las audiencias sean cerradas al público y a la prensa en los casos que permita el Código. Esta regularización se encuentra en los Art:5.20; 562; 563.9; 566;y, 567 del COIP.

expresa de su parte, sin consideran las graves consecuencias jurídicas que de aquello podrían devenir, las cuales serán debidamente explicadas a lo largo de este trabajo.

Así, por ejemplo, el Juez número uno se refiere claramente que Fiscalía no siempre notifica a los investigados con el inicio de la investigación pese a que sabe quiénes son, esperando únicamente a la audiencia de formulación de cargos para hacerlo,

... [cuando] Fiscalía como titular de la acción penal logró identificar a una persona de manera íntegra por el cual al momento que [esto] suceda debía ser notificado por el tema de la investigación. Sin embargo, Fiscalía General del Estado se excusa de la ausencia de notificación aludiendo que por ser una investigación de carácter reservado solo se manejan con alias y no tenían la certeza completa de que esa persona cometió un delito por lo cual no es necesario que se le notifique (...), (Juez número 1, 2023).

Con aquello coincide el Juez número dos, quien inclusive llega a manifestar, frente a la pregunta de cuáles son las nulidades procesales que más se alegan por los procesados durante la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, es la que “... no fue legalmente notificado a la hora de comparecer a una investigación...” (Juez número 2, 2023).

Ahora, respecto de la reserva del expediente se realizó la entrevista a abogados defensores en libre ejercicio del cual indican que existen más trabas a la hora del acceso al expediente, devenido de esta potestad ilusoria que tendría Fiscalía de decidir si notificar al investigado.

Como se observa del artículo en estudio, el legislador habría considerado que, en todo caso, el acceso al expediente debería concederse una vez que el investigado se entere de la existencia del mismo y así lo solicite, sin embargo, en la práctica se observan trabas profundas para llegar a ese conocimiento.

Ejemplo de lo anterior, es la denuncia que es considerada como un documento de acceso público regulada en el artículo 421 segundo inciso del COIP. No obstante, la Fiscalía no permite su acceso haciendo una división no fijada normativamente entre publicidad endoprocesal y extraprocesal. Al respecto, de las entrevistas hechas a varios abogados en libre ejercicio, uno de ellos refiere:

Abogado en libre ejercicio número dos⁴:

⁴ Entrevista realizada el 05 de octubre de 2023

La denuncia es pública. ¿Entonces aquí en la práctica, qué es lo que te suele pasar? Vas a una Fiscalía a preguntar por una denuncia, Pero ¿Qué es lo que te dicen en la Fiscalía? ¿Sabe qué? La denuncia no es pública, es pública para las partes. Y te llega a ti a chocar eso de pública para las partes ¿Cómo funciona? ¿Eso es público o no es público? Y ahí a una persona o a ti como abogado te toca hacer esa aclaración. Pero únicamente le estoy pidiendo las denuncias, no le estoy pidiendo lo que se origina después de la denuncia. Y ellos se escudan precisamente en el principio de reserva (Abogado Autonomo , 2023).

El error normativo mencionado, y sus evidentes problemas jurídicos que se han presentado inclusive se lo intentó subsanar través de una reforma del 08 de diciembre de 2020 del artículo 282.3 del COFJ: “*La Fiscalía debe garantizar la intervención de los imputados o procesados en las indagaciones pre a práctica, se intenvias y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, que deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias*”, (COFJ, 2009, art.282.3); sin embargo, la ambigüedad ha continuado con la frase “diligencias probatorias”, que resulta a su vez insuficiente para mandar una orden clara a Fiscalía para notificar al investigado con la investigación seguida en su contra, desde el momento en que adquiera tal calidad.

Al respecto, la Corte IDH en el caso Barreto Leiva Vs. Venezuela ha indicado lo siguiente sobre la reserva de la investigación:

Es admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia. Asiste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando las medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, inter alia, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan” (Corte IDH, Serie C No. 206, 2009, párr. 45).

Es evidente entonces que, en nuestro caso, aquella disposición prevista por la Corte IDH respecto a que “en ciertos casos” existirá reserva de la investigación se generalizó hacia toda la investigación previa, con la respectiva afectación a la igualdad e inclusive, sin tener en claro la capacidad participativa del investigado, dado lo ambiguo de la obligación de Fiscalía de notificarle sobre la investigación que lleva en su contra.

CONTRADICCIÓN E IGUALDAD PROCESAL:

Para continuar con el análisis del sistema, debemos referirnos a otros de los pilares rectores del sistema acusatorio, los cuales son el principio de contradicción e igualdad procesal. La doctora Teresa Deu, hace un breve análisis de estos principios:

La contradicción reconoce que las partes conozcan y puedan defenderse en condiciones de igualdad. Resulta así, que mientras lo que afecta a la acción penal (los hechos y la persona del acusado) en cuanto a su necesario ejercicio, pertenece al principio acusatorio, conocer los términos de la acusación y acceder a todos los materiales de hecho y de derecho (...) Deu, (2012)

Para aplicar el principio contradicción, se debe tener la posibilidad de responder a las acciones ejecutadas por la contraparte, siendo trascendental, para aquello, que ambas partes se encuentren en una igualdad de armas, pues no tendría sentido que se pueda responder a lo hecho por el rival en la contienda, si la forma de ejecución de dicha respuesta no cuenta, en la práctica, con el mismo nivel de oportunidades, tiempo y mecanismos con los que contó aquel rival.

Esta vinculación entre ambos principios se encuentra en la Constitución en el artículo 76 numeral 7 inciso c:

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (CRE, 2008,art. 76).

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones (CRE, 2008,art. 76, numeral 7, inciso c).

De igual manera, el artículo 5 numeral 5 del COIP, el cual establece:

Es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación procesal y proteger especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad. (COIP, 2014, Art.5 numeral 5).

Al respecto, la autora María Catense indica lo siguiente sobre el alcance del principio de igualdad, en el ámbito procesal:

La CSJN en el leading case "Caille" (Fallos, 153:67) ha dicho que "la igualdad ante la ley del Art. 16 de la Constitución (...) no es otra cosa que el derecho a que no se establezcan

excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que en iguales condiciones se concede a otros, de donde se sigue que la verdadera igualdad consiste en aplicar la Ley en casos concurrentes, según las diferencias constitutivas y, que cualquier otra inteligencia, Catanese, (2022).

En el caso de nuestro sistema, la Fiscalía como entidad pública encargada del ejercicio de la acción penal, y el investigado/procesado, son quienes deben de contar con las mismas posibilidades de intervención y actuación durante el desarrollo de las fases pre procesales y procesales penales, cuestión que es difícil de afirmar, cuando consideramos que se intenta poner en igualdad de armas a una institución pública que cuenta con el apoyo de todo el aparato estatal frente a una persona natural (en la mayoría de los casos, pues es bastante limitativa todavía, en nuestro medio, la opción de la responsabilidad de la persona jurídica).

Así, por ejemplo, durante las entrevistas realizadas a abogados en libre ejercicio que ejercen en materia penal, una de las circunstancias que comentan precisamente es que no existe igualdad porque para el Abogado en libre ejercicio número 1⁵ manifestó que

Fiscalía tiene un cuerpo auxiliar que es la Policía Judicial y aparte de eso, Fiscalía trabaja directamente con el Departamento de Criminalística. Qué es lo que pasa con esto, dentro del organigrama policial, Fiscalía trabaja con el respectivo Departamento de Investigaciones (Abogado Autonomo , 2023).

Siendo que por este aparato estatal inclusive los jueces entrevistados señalan que “(Juez número 1) ... *el procesado va a tener la menor capacidad de realizar una investigación propia para llegar a ser igual...*”.

A lo anterior, se suma el hecho de que la igualdad es vista en nuestro sistema como una posibilidad de actuación “procesal” en los términos del artículo 5.5 del COIP, es decir, que normativamente es una obligación que entraría en vigencia desde la instrucción fiscal. Con aquello, la fase pre procesal penal, que es la investigación previa, se vuelve más vulnerable y susceptible de la falta de aplicación de este principio, dado que Fiscalía ejecuta su investigación para encontrar los elementos de cargo y de descargo, pero sin encontrarse correctamente regulada la materia de contradicción e igualdad.

Se debe mencionar que si bien el principio de objetividad consagrado en el artículo 5.21 del COIP prevé la imparcialidad que debe tener la Fiscalía al desarrollar su investigación, como

⁵ Entrevista realizada el 04 de octubre de 2023.

se ha dicho previamente, raramente se encuentra alguna herramienta procesal que permita al investigado/procesado pronunciarse respecto del cumplimiento o irrespeto de dicho principio dentro de los expedientes de investigación, haciendo que el cumplimiento del referido principio quede únicamente en el autocontrol que pueda demostrar la Fiscalía durante sus actuaciones.

Sustento de lo anterior lo tenemos cuando hablamos del Juez de Garantías Penales en la fase de investigación previa y en la fase de instrucción, quién, como su nombre claramente lo indica, es el encargado del control de las “garantías penales” y por tanto debería velar por el cumplimiento del principio de objetividad; sin embargo, el artículo 225 del Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se consagran sus competencias, se observa en el numeral 1, que la obligación trascendental de los mismos es “*Garantizar los derechos de la persona procesada y de la víctima durante las etapas procesales*”⁶, (COFJ, 2009,art.225), nuevamente obviando su intervención en la investigación previa, lo que es inclusive reconocido expresamente por uno de los jueces entrevistados, cuando manifiesta que (Juez número 2, 2023), “*no conoce el caso hasta que es sorteado, eso es hasta la instrucción fiscal*”.

Lo anterior, no debe de entenderse como una omisión de incorporar esta fase, pues al observar la regulación normativa no se encuentra un mecanismo idóneo que le faculte a la autoridad judicial aplicar una actuación efectiva antes o durante una violación al debido proceso cometida contra el investigado, sino que aquel control llega únicamente con posterioridad al acto, cuando el propio artículo 601 del COIP, al referirse sobre la etapa de evaluación y preparatoria de juicio, que es posterior a la investigación, menciona que servirá para “establecer la validez procesal” y “excluir los elementos de convicción que son ilegales”. Es decir, un control ex post y no ex ante, lo que explica uno de los abogados litigantes entrevistados en el siguiente sentido:

“El juez no se puede oponer a la formulación de cargos y continuará con ella, por otra parte, dentro de la etapa intermedia, tu puedes irte a la parte de los vicios y solicitar que se verifique el proceso, lo cual puede anular esta etapa y volver a que se inicie la [misma], o que se nuliten los días en los cuales la actuación tuvo efecto. Entonces no es que el juez posee un control directo sobre las actuaciones del proceso que podría ser inmediato, sino posterior”. (Abogado Autonomo , 2023)

⁶ Artículo 225 numeral 1 del Código Orgánico de la Función Judicial.

CONCLUSIONES DE LAS CARACTERÍSTICAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL

Respecto de lo manifestado, se evidencia que en nuestro sistema procesal penal ecuatoriano, podemos decir que si bien la adopción del sistema acusatorio mixto representa un avance significativo en la separación de las funciones de las partes litigantes dentro del proceso, y brinda al investigado/acusado una visión clara de su contendiente, que ya no es quien lo juzgará, observamos que, al hablar del resto de las características básicas que debe tener el referido sistema, inclusive por mandato constitucional, existen varias circunstancias que podrían limitar la consecución de los siguientes principios y garantías:

- La publicidad, que se ve limitada por la reserva de la investigación mal entendida.
- La oralidad, que se restringe durante la investigación penal a través de decisiones importantes tomadas únicamente por escrito, con limitada o nula intervención del juez y sin estándares de motivación claros.
- La contradicción, contraída en la investigación penal con la falta de capacidad del investigado/procesado de contestar o impugnar los actos investigativos del Director de la Investigación Penal, ya sea porque no existe posibilidad o porque la misma no llega en el momento oportuno.
- La igualdad procesal, casi inexistente ante el mismo título de Fiscalía como director de la investigación y “titular” de la acción penal pública que pelea frente a una persona natural, la mayoría de las veces.

Frente a lo anterior, es evidente que existen deficiencias normativas dentro de nuestra legislación procesal penal que impiden el cumplimiento de las características del sistema procesal general fijado por la Constitución de la República y los tratados internacionales de derechos humanos, y que se presentan de una manera más preocupante en las fases investigativas del proceso penal, cuestión que no ha sido obviada por la doctrina y que inclusive ya fue analizada desde, inclusive, antes de la entrada en vigencia del COIP:

Ramiro Ávila respecto de esta cuestión procesal en su libro de El Código Integral Penal y su Potencial Aplicación Garantista, indica lo siguiente:

Existe una fase que se denomina de investigación previa que es exactamente una fase inquisitiva. El fiscal es juez y parte, decide si instruye o no un juicio, “si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe, la existencia del daño causado” (art. 580). Esta fase es reservada, sin

escrutinio público (Art. 584), que tiene sentido si lo que se pretende es evitar la estigmatización de un juicio penal. En la fase de instrucción tenemos también rasgos de un sistema inquisitivo, cuando “la persona procesada podrá presentar a la o el fiscal los elementos de descargo” (Art. 596) y “en la instrucción, cualquier de los sujetos procesales podrá solicitar a la o al fiscal que disponga la práctica de pericias...” (Art. 598). Es decir, el procesado pide la prueba a su acusador. Esto rompe con la igualdad procesal y otorga una injustificada ventaja a la fiscalía, Ávila, (2015).

2. SECCIÓN SEGUNDA. - ANÁLISIS DE LOS SUEJOS PROCESALES, DEL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES Y SUS PROBLEMAS JURÍDICOS:

Toda vez que se ha establecido las características del procedimiento penal ordinario y el sistema por el cual se rige en el Ecuador, es importante continuar con la fijación de los diversos intervinientes principales dentro de este proceso penal.

De acuerdo con el artículo 439 del COIP son: la Fiscalía, el investigado/procesado (así como su defensa técnica) y la víctima/acusador particular, todos bajo el control de las autoridades judiciales: Juez de Garantías Penales/Tribunal de Garantías Penales.

Más adelante desarrollaré cada una de las facultades y limitaciones que tienen los sujetos previamente mencionados; de momento, en este primer acápite empezaré por analizar a la Fiscalía.

PRIMER SUJETO PROCESAL: LA FISCALÍA

La Constitución de la República, en el artículo 194⁷, define a la Fiscalía como un órgano totalmente autónomo de la Función Judicial, al que se le encargan varias tareas dentro del sistema penal ecuatoriano, de forma general, el artículo 195 de la Constitución le otorga dos funciones principales de las que se desprenden a su vez en dos secundarias; la principales, implican su potestad de dirigir la investigación penal y ejercer la acción penal basada en el resultado de la misma, mientras que las dos secundarias son la dirección de los sistemas de investigación penal, así como de víctimas y testigos.

De las funciones mencionadas, la dirección de la investigación y la potestad de ejercicio de la acción penal son las más relevantes. A su vez, la dirección de la investigación es la más

⁷ Art. 194.-La Fiscalía General del Estado es un órgano autónomo de la Función Judicial, único e indivisible, funcionará de forma desconcentrada y tendrá autonomía administrativa, económica y financiera. La Fiscal o el Fiscal General es su máxima autoridad y representante legal y actuará con sujeción a los principios constitucionales, derechos y garantías del debido proceso. CRE

importante en nuestro estudio dado que es en la que se observa el mayor desequilibrio frente al investigado, siendo que, respecto de la acusación, aquella al menos guarda un control oral, público y contradictorio en la audiencia de evaluación y preparatoria de juicio.

Dentro de la función de investigación, tal vez el principio más decidor sobre el que se debe profundizar es aquel contenido en el artículo 5.21 del COIP llamado por nuestra legislación como principio de objetividad, sobre el que ya se mencionó en el acápite anterior, y sobre el cual se desarrollará a continuación.

Para ahondar, debemos decir que el principio de objetividad implica que la Fiscalía sea imparcial en su actuación, es decir, que sus mecanismos de investigación estén sujetos al respeto de las garantías constitucionales, y la búsqueda de la verdad de los hechos que han llegado a su conocimiento, siguiendo todas las líneas de investigación posibles y no únicamente aquellas que podrían llevar a acusar, como lo ha dicho ya la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus sentencias del caso *Manuela y otros Vs. El Salvador*: “... *el proceso penal, en tanto respuesta investigativa y judicial del estado, debe constituir un medio adecuado para permitir una búsqueda genuina de la verdad [...] los órganos investigativos deben investigar no solo la comisión del delito, sino también la posibilidad de que este no haya ocurrido...*”, (Corte IDH, Serie C No. 441, 2021, párr. 135).

El legislador, a través del artículo 444⁸ del COIP, le confiere a la Fiscalía amplias potestades para ejecutar sus acciones investigativas respecto de la comisión de la infracción penal, en su calidad de Director de dicha investigación. La Fiscalía tiene un cúmulo de actos especiales en las fases investigativas que implican inclusive la posibilidad de restringir los derechos y garantías del investigado/procesado, con el fin de desentrañar la verdad sobre los hechos.

Respecto de este tipo de actuaciones, el COIP, como ya se estableció anteriormente, no prevé herramientas procesales de control oportuno sobre las posibles actuaciones abusivas de Fiscalía, que podrían dejar en una situación de desigualdad o vulneración de derechos al sospechoso/procesado en estas fases, lo que ha generado que Fiscalía tenga una capa protectora

⁸ Art. 444.-Atribuciones de la o el fiscal.-Son atribuciones de la o el fiscal, las siguientes: (...) 11. Solicitar a la o al juzgador que dicte las medidas cautelares y de protección que considere oportunas para la defensa de las víctimas y el restablecimiento del derecho. Igualmente podrá pedir la revocatoria o cesación de dichas medidas cuando estime que la investigación practicada ha permitido desvanecer los indicios que las motivaron.

de la dirección autónoma investigativa, que limita la actuación de los otros intervinientes en los procedimientos penales.

Muestra de aquello, durante estas fases investigativas de dirección fiscal, el juez de garantías penales no puede intervenir de manera oficiosa para corregir vulneraciones de derechos al investigado/procesado, ni tampoco se encuentra legislado un mecanismo concreto que le haga capaz de atender pedidos de dicho individuo sobre actuaciones de Fiscalía, es decir, la legislación no le otorga un control jurisdiccional claro sobre los excesos investigativos que puede cometer Fiscalía.

Como ya se ha mencionado, un ejemplo de lo referido se encuentra en el artículo 444, que consagra el principio de jurisdiccionalidad, según el cual, cuando la Fiscalía emplea sus métodos de investigación y busca restringir los derechos del procesado, está obligada a obtener la autorización del juez para llevar a cabo dichas limitaciones, como por ejemplo, cuando dicha institución solicita la apertura de la correspondencia del investigado/procesado, misma que se encuentra amparada por la inviolabilidad que le otorga el artículo 66.21 de la Constitución de la República.

Ahora bien, la limitación de la intervención judicial de control es clara en este aspecto, pues cuando la Fiscalía solicita al juez la correspondiente autorización, el procesado no guarda la facultad o posibilidad de intervenir en estos casos para expresar su criterio u oponerse ejerciendo su derecho a la contradicción, lo que, si bien en ciertos casos es necesario (como por ejemplo en los allanamientos), no implica que esta actuación se deba de generalizar a todos los casos.

El investigado/procesado no puede solicitar tampoco un control jurisdiccional a los actos investigativos de oficio de Fiscalía y tampoco respecto de aquellas decisiones que niegan sus propias peticiones de investigación, por la falta de normativa y de mecanismo que garanticen el principio de contradicción y de igualdad.

Los tratadistas como Roxin y Schunemann, en su libro de Derecho Procesal manifiestan, al respecto, lo siguiente:

La función de protección de la libertad de la reserva judicial no se puede sobreestimar, no solo debido a la competencia en urgencia de Fiscalía, que en casi todos los casos se presenta o incluso de la policía, sino también debido a la poca eficiencia del control judicial en la investigación.

Así, los jueces casi nunca deniegan una solicitud de la fiscalía sobre el mandato de vigilancia de las telecomunicaciones y en el caso de la prisión preventiva, a menudo, es el caso que la fiscalía le proporciona al juez competente el mandato de detención ya elaborado y necesitado tan solo de una firma, lo cual, en conjunción con un efecto solidario, confirmado empíricamente y la inundación de procesos que el juez de la investigación debe superar conduce a que el juez de la investigación en muchos casos solo funciona como un actuario de la Fiscalía", Roxin & Schünemann, (2019).

Ahora bien, analizado lo anterior respecto de las potestades investigativas de Fiscalía y sus exiguos límites de control judicial, analizaré algo que agrava aún más la situación y deviene de lo que dispone el artículo 443 numeral 3 del COIP, como potestad de la Fiscalía:

Expedir en coordinación con las entidades que apoyan al Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses o con el organismo competente en materia de tránsito, los **manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones investigativas**, (COIP,2014, Art. 443 numeral 3).

Al respecto de esta delegación de generación normativa, también el Código Orgánico de la Función Judicial, en el artículo 282 numeral 7, determina que la Fiscalía puede: (...) *“Expedir en coordinación con la Policía Nacional los manuales de procedimiento y normas técnicas para el desempeño de las funciones de la Policía Judicial;”* (...) (COFJ, 2009, art.282 numeral 7).

Lo anterior, es reflejo de la autonomía no solo económica y financiera, sino además administrativa que se le otorga a la Fiscalía en el artículo 144 de la CRE. Esto, implica que la Fiscalía no solo tiene la dirección total de la investigación penal, sino que, además, es capaz de auto regularse respecto del manejo de sus expedientes, las funciones que le otorga a los agentes fiscales, la forma de ejecutar los actos investigativos, entre otras actividades, lo que agrava el riesgo de que el órgano autónomo actúe de manera arbitraria.

Solo por ejemplificar lo dicho en el párrafo anterior, utilicemos de base el control sobre el principio de objetividad, sobre el que ya se había mencionado anteriormente que, ante la falta de supervisión judicial correcta, caía en manos de la propia capacidad de autocontrol de la Fiscalía su observancia, en una especie de “el lobo cuidando a las ovejas”.

Para comprobar lo anterior, no hacemos más que citar la Directriz Nro. 008-2020 de la Fiscalía General del Estado, que, habiéndose emitido por efecto de esa autonomía administrativa, regula la institución de la separación del fiscal que conoce el expediente para

garantizar la vigencia de las garantías que otorga el debido proceso, disponiendo que será: “*El Fiscal Provincial [quien] resolverá motivadamente aceptando o negando [...] la separación*” (Fiscalía General del Estado, Fiscalía provincial, 2020).

Basta decir que la decisión de separación por el superior del fiscal que lleva el expediente, que en la mayoría de los casos será el Fiscal Provincial, no brinda ninguna garantía de imparcialidad respecto del análisis que haga dicho superior pues, como lo ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Barrero Leiva Vs. Venezuela*⁹: “*No es razonable depositar funciones naturalmente antagónicas en una sola persona*”, Caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela* Sentencia, como lo son las de dirigir la investigación y controlar que la misma se lleve con objetividad (Corte IDH, Serie C No. 205, 2009, párr. 63).

SEGUNDO SUJETO PROCESAL: EL INVESTIGADO/ACUSADO

Todo lo mencionado se complementa cuando después de conocer quién es la Fiscalía y de determinar que es un órgano autónomo que tiene muchas más facultades y oportunidades investigativas que el investigado/procesado, pasamos a estudiar a tal figura a profundidad. Sin embargo, de forma previa es importante hacer una aclaración terminológica: Cuando una persona es investigada por la posible comisión de un delito, se lo conoce como investigado, cuando al investigado la Fiscalía lo acusa se lo conoce como procesado.

Ahora bien, desde el momento que el investigado es aprehendido o se encuentra como posible responsable de la infracción penal, a los ojos de Fiscalía y el resto de las instituciones públicas intervinientes en la investigación penal, dicho sujeto tiene varias garantías constitucionales que protegen sus derechos. En el artículo 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (PIDCP, 1966, art. 14, numeral 3) se determina lo siguiente al respecto:

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, garantizando a ser informada de manera integral y oportuna con la acusación iniciada en su contra, a disponer del tiempo y los medios necesarios para ejercitar la defensa, a contratar un abogado de su libre elección o que se le designe uno de oficio sin costo alguno, a estar presente en el proceso judicial para ejercitar el derecho de defensa, Unidas.

Ahora bien, nuevamente encontramos esta referencia a la calidad “procesal” de la protección que brindan las garantías que revisten al sujeto pasivo de la investigación estatal del delito, lo

⁹ Corte IDH. Caso *Barreto Leiva Vs. Venezuela*. Párr. 63.

cual se replica en la regulación que le da al tema el artículo 8.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (“durante el proceso”) (Organización de Estados Americanos, 1969) y el propio artículo 76 de la Constitución de la República (“En todo proceso”)., (CRE, 2008, art.76)

Aquello nos podría hacer entender que la investigación previa es una zona no regulada y en la que el investigado tiene menos garantías constitucionales. Al asumir que las mismas se activarían desde la formulación de cargos; sin embargo, se caería en un error garrafal al hacer tal afirmación apresurada, pues si se revisa la jurisprudencia de la Corte IDH, en especial en el caso *Manuela y otros Vs. El Salvador. Párr. 118.* se tiene claro que la defensa: **“debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso”**. (Corte IDH, Serie C No. 441, 2021, párr. 118). Es por aquello, de hecho, que el artículo 282.3 del COFJ, dispone como obligación de la Fiscalía: “Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública ” (COFJ, 2009, art.282, numeral 3)

Es decir, el investigado tiene el pleno ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales desde que es señalado como posible responsable de una infracción penal, inclusive antes de la iniciación formal del proceso penal, durante la etapa pre procesal de investigación previa. Es por ello que los autores indican que *“el derecho de defensa es tan amplio, que abarca toda la investigación de carácter penal, es decir desde que se priva de la libertad al individuo o tiene conocimiento de la investigación que debe ser notificada por el fiscal”* Benavides, Crespo, & Molina, (2020).

Siguiendo con este análisis, el investigado/acusado es una parte necesaria del procedimiento penal, por lo que, para ejercer su derecho de contradicción, goza del derecho a la defensa técnica y a la defensa material, siendo necesario determinar la diferencia entre estos dos elementos para conocer su alcance.

Según la sentencia de la CIDH, en el caso *Manuela Y otros Vs. El Salvador*, determina lo siguiente:

El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo. El derecho a la defensa se proyecta en dos facetas dentro del proceso

penal: por un lado, el derecho a la defensa material a través de los propios actos de la persona inculpada, siendo su exponente central la posibilidad de participar de forma activa en las audiencias y diligencias y 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” (Corte IDH, Serie C No. 441, 2021, párr. 120).

Es decir, el investigado/procesado cuenta con dos dimensiones de defensa en el proceso legal. La defensa material implica que aquel individuo referido participe activamente en el procedimiento penal, a través de su intervención directa en las distintas diligencias que lo componen; y, por otro lado, la defensa técnica implica la asistencia de un profesional del derecho que brinde al investigado/procesado orientación y conocimiento en todos los aspectos legales y jurídicos relevantes.

Estas dos formas de defensa complementarias forman parte integral de las garantías de las que el investigado/acusado goza en pro de que logre ejercer su derecho a la contradicción en igualdad de condiciones respecto a la Fiscalía y de las otras partes involucradas en el proceso, sin embargo, aquel objetivo de cristalizar la defensa material y técnica depende, en la práctica, de garantías complementarias, siendo tal vez las más importantes en las fases investigativas del proceso penal:

En la Constitución de la República en el artículo 77. 7 numeral (a), se indica que toda persona debe ser informada de los “*procedimientos formulados en su contra*”, (CRE, 2008, art. 77, numeral 7, inciso a) esta garantía implica que cuando una persona es considerada como sospechosa debe de ser informada desde ese momento con la investigación que se está realizando en su contra. Sin embargo, esta garantía se vulnera cuando Fiscalía notifica de forma tardía la investigación al investigado. Por lo que, implica que no pueda ejercer su derecho a la defensa. Muestra de aquello, la corte ha señalado lo siguiente:

La Corte ha señalado que la notificación debe ocurrir previamente a que el inculcado rinda la primera declaración ante cualquier autoridad pública. El contenido de la notificación "variará de acuerdo al avance de las investigaciones [...] y cuando se produce la presentación formal y definitiva de los cargos [...] antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor número de detalle posible los hechos que se le atribuyen. En el presente caso, el 5 de julio de 1995 le fue notificado al señor Grijalva el auto cabeza del proceso, y ese mismo día, rindió su "testimonio indagatorio". (Corte IDH, Serie C No. 426, 2021, párr. 104).

En el artículo 76. 7 numeral (b) y (d) se dispone “*Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa*”; “*Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento*”. Estas garantías se vulneran cuando Fiscalía no le permite acceder al expediente libremente a su defensa técnica o al investigado, o cuando la investigación es totalmente reservada (CRE, 2008, art. 76, numeral 7, inciso b y d)

Muestra de aquello se va a evidenciar que una de las trabas de este acceso es, que Fiscalía tiene una agenda de tiempo para poder concederle la revisión del expediente, es decir, el investigado/procesado al momento de solicitar la revisión y acceso al expediente no lo puede hacer de una manera diligente por la falta de tiempo y de medios. A continuación, través del siguiente impulso fiscal No. XXXX de fecha 21 de diciembre de 2022 (Impulso Fiscal, 2020).

De: FISCALIA GENERAL DEL ESTADO [REDACTED]
 Enviado el: miércoles, 21 de diciembre de 2022 16:37
 Para: [REDACTED]
 Asunto: RESOLUCION PARA SOLICITAR DILIGENCIAS (Expediente Fiscal No. [REDACTED])

BOLETA DE NOTIFICACIÓN

EXPEDIENTE FISCAL No. [REDACTED]

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO - FISCALÍA DE QUITO - 21 de diciembre de 2022 16:36:40.
 Dentro de la Instrucción Fiscal No. [REDACTED], por el presunto delito de COHECHO, dispongo:

1).- De acuerdo al/los ART. 5 del Código Orgánico Integral Penal solicito AGREGAR DOCUMENTOS (ESCRITOS, PERICIAS) a **OBSERVACIÓN GENERAL: ESPECIFIQUE:** Agréguese al expediente fiscal la siguiente documentación: 1.1.) Acta de diligencia referente a Audiencia Privada de fecha 2 de diciembre de 2022 a las 09H10, con su respectiva hoja de control de asistencia. - 1.2.) [REDACTED] de fecha 16 de diciembre de 2022, suscrito por Mayor de [REDACTED], Jefe de la Unidad Nacional de Investigación de Delitos Transnacionales, adjunta el Informe Policial Nro. [REDACTED] elaborado [REDACTED] con anexos documentales, recibido mediante correo electrónico en fecha 16 de diciembre de 2022 a las 17h18.- 1.3.) Escrito presentado por [REDACTED] de fecha 19 de diciembre de 2022 a las 16h37. En relación al escrito: ?? Solicito se sirva agendar una cita a fin de que mis abogados [REDACTED] puedan revisar todo el expediente fiscal ??, fue atendido mediante correo electrónico de fecha 20 de diciembre de 2022 a las 13h40 en el cual se señaló la fecha de ?? revisión del Expediente Fiscal No. [REDACTED] se señala para el día miércoles 21 de diciembre de 2022 a partir de las 11h00 ?? . Sin embargo, a fin de garantizar su derecho a la defensa y acceso al expediente fiscal, ante la no comparecencia del día de hoy [REDACTED] nuevamente se señala para el día viernes 23 de diciembre de 2022 a la

La Corte IDH en el caso Cuero Vs. Ecuador respecto de esta garantía ha indicado lo siguiente:

Por otra parte, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, contemplado en el artículo 8.2 c) de la Convención, obliga al Estado a permitir el acceso de la persona al conocimiento del expediente llevado en su contra e implica que se debe respetar el principio del contradictorio, que garantiza la intervención de esta en el análisis de la prueba 77. Además, los medios adecuados para presentar la defensa comprenden todos los materiales y pruebas utilizados, así como los documentos exculpatorios, Corte Interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH, Serie C No. 464, 2022, párr. 86).

De igual manera, la Corte Constitucional en la sentencia No. 4-19-ep/21, respecto de contar con los medios y los tiempos para preparar su defensa ha indicado lo siguiente:

“Adicionalmente, al evaluar el elemento de tiempo adecuado, se debe tomar en cuenta la complejidad del asunto, el momento procesal del que se trate y la posibilidad efectiva de que los sujetos procesales puedan ejercer su derecho a la defensa durante el tiempo concedido” (CC-4-19-EP/21. párr. 39).

En el artículo 76.7 numeral (c) de la Constitución de la República, establece “*Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones*”. Esta sin duda es una de las garantías que se relaciona con la mayoría de los problemas jurídicos pues, como hemos mencionado el investigado/ procesado no puede actuar en igualdad de condiciones ni en el momento procesal oportuno cuando Fiscalía le niega su intervención en la investigación penal, pues ante esta negativa ni siquiera existen los mecanismos normativos para contradecirlo, (CRE, 2008, art.76 numeral 7 inciso c).

Respecto de esta garantía es menester abordar una circunstancia específica que ha sido identificada en las diversas entrevistas realizadas, la cual radica en que el investigado/procesado al momento que desea solicitar diligencias investigativas que considere pertinentes, Fiscalía se atribuye la potestad del juez de garantías penales, que es la de controlar la admisibilidad de la prueba en la audiencia preparatoria de juicio (Art. 604.4.c, segundo inciso) y pide al investigado que indique la pertinencia de la diligencia, llegando inclusive a negar su práctica.

Ante ello, se demuestra que existen limitaciones para ser escuchado en el momento oportuno, pues la Corte Constitucional en su sentencia No. 151-15 -EP/21, ha mencionado que:

La garantía de ser escuchado de forma oportuna dentro del proceso y en igualdad de oportunidades con relación a los otros sujetos procesales “se encuentra, además, relacionada con la posibilidad de todos los sujetos procesales de presentar argumentos y pruebas, así como de ejercer el derecho de contradicción respecto de éstos, conforme lo reconoce el literal h) del referido numeral 7 del artículo 76 de la Constitución” (CC-151-15-EP/21. párr. 29)

Ejemplo de esto lo podemos ver en el impulso fiscal XXXXX de fecha 24 de febrero de 2023, (Impulso Fiscal, 2023):

EXPEDIENTE FISCAL No. [REDACTED]

FISCALIA GENERAL DEL ESTADO.- FISCALÍA DE QUITO.-24 de febrero de 2023 23:44:11.-
Dentro de la Instrucción Fiscal No. [REDACTED], por el presunto delito de COHECHO, dispongo:

1).- De acuerdo al/los ART. 5 del Código Orgánico Integral Penal solicito AGREGAR DOCUMENTOS (ESCRITOS, PERICIAS) a **OBSERVACIÓN GENERAL: ESPECIFIQUE:** Incorpórese al expediente y póngase en conocimiento de las partes procesales los siguientes escritos y la documentación recibida en este Despacho: 1) Escrito presentado por [REDACTED] en este Despacho el 23 de febrero de 2023, se dispone lo siguiente: a) Previo a atender los numerales 1) y 8) en los cuales se menciona: "(?) En tal virtud, requiero a su autoridad de la manera más gentil que se oficie al Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha?; se solicita, al abogado requirente en el plazo de 24 horas indicar a este Despacho, si su pretensión es que se oficie para la designación del indicado perito al ?Laboratorio de Criminalística, Medicina Legal Y Ciencias Forense [REDACTED] o a su vez, confirme si se encuentra correcta la petición dirigida al ?Departamento de Criminalística de la Policía Judicial de Pichincha? tal como consta en su escrito; y, en el mismo sentido previo a atender lo solicitado en el numeral 8), con fundamento a lo que establece el numeral 5) del artículo 454 del Código Orgánico Integral Penal en armonía a la conducencia de lo solicitado en el delito investigado, justifique en el pazo de 24 horas, la pertinencia de su solicitud para realizar una pericia de inspección ocular técnica a una

El abogado defensor número dos al respecto indica lo siguiente:

Cómo le puedo hacer dar cuenta de la pertenencia si es que aún no le he podido mostrar el documento, imaginémos que es un documento, cómo lo hago caer en cuenta que es pertinente si es que no he conocido de ese documento porque de lo único que yo conozco de ese, documento es su existencia y no su contenido por lo que necesito acceder. Y Fiscalía, a través de su control jurídico, me indica que no, (Abogado Autonomo , 2023).

De aquello se puede identificar dos situaciones: la primera, que como manifiesta el abogado defensor, si su defensa técnica considera la existencia de un documento, y, no conoce el contenido del mismo sería más coherente que fiscalía acepte esta solicitud, para conocer en qué puede aportar o no esta solicitud a la investigación; la segunda situación, es que en el impulso fiscal se puede verificar que para negar los documentos incorporados por la defensa, su fundamento jurídico está en el artículo 454 del COIP, el cual determina que los principios de la prueba son aplicables para el **anuncio y práctica**, como se conoce el anuncio y práctica de la prueba se lo realiza en la etapa evaluatoria y preparatoria de juicio. Por lo que, la negativa de incorporación de documentos u otras diligencias investigativas se encuentra vulnerando la capacidad de defensa que debe tener el investigado/acusado, cuestión con la que inclusive coinciden los juzgadores y el Abogado en libre ejercicio número 1 al indicar que una de las circunstancias más comunes en que se alega la nulidad sería cuando:

[...] se le pide algo a Fiscalía, cuando se le pide un elemento [...] no tiene la capacidad de valorar la pertinencia o impertinencia diciendo que el la Fiscalía y bueno vemos luego nosotros las reglas de valoración en las cuales solo un juez puede llegar a determinar si es pertinente o no un elemento, mas no Fiscalía (Abogado Autonomo , 2023).

Continuando con otra de las garantías que se ha encontrado como vulnerada se encuentra la establecida en el artículo 76.7 numeral (g), respecto de que “*Toda a persona cuente con una asistencia técnica de un defensor de confianza o uno de oficio*”, implica que al ser representado por un profesional de derecho le brinda al investigado/procesado una igualdad de armas frente a la Fiscalía que, como bien se conoce es también un profesional del derecho (CRE, 2008, art. 76, numeral 7, inciso g).

La importancia de los intereses y derechos para el investigado/procesado dentro de un expediente penal implica que no exista la capacidad de contratación de un defensor privado. El Estado le debe proporcionar un abogado a dicho sujeto procesal con la finalidad de equiparar sus actuaciones frente a Fiscalía. Respecto de la calidad de defensor la Corte Constitucional en la sentencia Nro. 2195-19-EP/21, la manifestó lo siguiente:

Es necesario que la defensa pública actúe con debida diligencia y no sea simplemente un espectador del proceso, sino que justamente brinde al justiciable un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito [...] lo que incluiría generar un acercamiento con los procesados a quienes se encuentran representando” (CC-2195-19-EP/21. párr. 32).

Referente a esta garantía, observamos que el abogado número tres¹⁰, el cual pertenece al sector de la defensoría pública indicó lo siguiente sobre las intervenciones que se hace efectivamente durante las fases investigativas del procedimiento penal:

Una defensa más activa es en la etapa procesal, porque hay un plazo mucho más corto, más no, en la etapa de la investigación previa donde existe una mayor cantidad de tiempo. Además, la intervención depende de la actividad de la Fiscalía para poder aplicar una contrarréplica y de la estrategia de cada uno para aplicar en cada caso (Abogado defensor, 2023).

Con ello, se puede evidenciar, que el entrevistado guarda un criterio de urgencia temporal para medir sus intervenciones en representación de sus defendidos, es decir, que considera que no resulta necesaria su intervención dentro de la fase preprocesal pues guarda una mayor duración de tiempo, es decir, que esperarían que formulen cargos a su defendido para iniciar la defensa, lo cual evidentemente no brinda garantía al investigado sobre su igualdad de armas con Fiscalía.

La garantía establecida en el artículo 76.7 numeral (h) determina que la defensa puede “*Presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*” (CRE, 2008, art. 76,

¹⁰ Entrevista realizada el 31 de octubre de 2023.

*van a encontrar elementos de descargo. Entonces es ahí, donde ellos lo que hacen es controlar de cierta manera el proceso penal y la función fiscal, para mantener su teoría del caso. Por lo cual, muchas veces cuando se hace las solicitudes para ejercer la defensa de lo que considera que es un elemento probatorio o elemento de descargo, **la fiscalía lo que hace es no dar paso a eso, debido a que sabe que se le puede caer su acusación** (Abogado defensor, 2023).*

En este sentido, como bien indica el abogado defensor, la actuación del Fiscal durante la instrucción fiscal ya no es objetiva respecto de las diligencias que solicita, siendo que por ello se vuelve mucho más difícil que se acepte los elementos de convicción que busca incorporar el investigado/ procesado, dado que puede perjudicar la teoría del caso de Fiscalía y nublar el principio de objetividad.

Con lo expuesto, se observa que existe una afectación directa a las garantías del debido proceso, con la falta de regulación en ciertos casos, o regulación deficiente en otros, de la intervención fiscal en las fases investigativas del procedimiento penal, cuestión que inclusive se comprueba cuando en la definición de indefensión que ha dado la Corte Constitucional en sus sentencias, se observa que en varios pasajes ejemplificativos de dicho concepto se encuadran las circunstancias hasta aquí tratadas:

*... se vulnera el derecho a la defensa de un sujeto procesal cuando existe indefensión; esto es, cuando se **le impide comparecer al proceso** o a una diligencia determinante del mismo, a efectos de justificar sus pretensiones; o, **cuando pese a haber comparecido, no ha contado con el tiempo suficiente para preparar una defensa técnica adecuada**; o igualmente cuando, **en razón de un acto u omisión, el sujeto procesal, no ha podido hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, en aras de justificar sus pretensiones, como por ejemplo, presentar pruebas, impugnar una resolución, etc.** De modo que esta indefensión deviene en un proceso injusto y en una decisión con serio riesgo de ser parcializada y no corresponder con los derechos y principios constitucionales (CC-1716-16-EP/21).*

TERCER SUJETO PROCESAL: LA VÍCTIMA

Ahora, corresponde analizar el siguiente sujeto procesal determinado por el COIP, el cual es la víctima; sin embargo, no se pretende en este trabajo una profundización de dicho interviniente en el conflicto penal, más allá de unas pequeñas precisiones, pues en un sistema con ejercicio de la acción pública mayoritaria, como el nuestro, Fiscalía como titular de la acción penal, le expropia ese conflicto a la víctima.

Para entender mejor la expropiación del conflicto a la víctima, podemos citar al autor Alberto Bovino, quien determina lo siguiente:

*La consideración del hecho punible como hecho que presenta algo más que el daño concreto ocasionado a la víctima **justifica la decisión de castigar y la necesidad de que sea un órgano estatal quien lleve adelante la persecución penal.** Un conflicto entre particulares se redefine como conflicto entre autor del hecho y sociedad o, dicho de otro modo, entre autor del hecho y Estado. De este modo se expropia el conflicto que pertenece a la víctima", Bovino, (1993).*

De igual manera el autor Fernando Yavar, respecto de este mismo tema indica lo siguiente:

*“El conflicto es objeto de una confiscación estatal, **de la cual la víctima pierde toda capacidad de decisión.** La confiscación es unilateral y no apareja indemnizaciones públicas. No se trata de una expropiación, donde el Estado cancela el justo precio del bien cuyo dominio particular extingue", Yavar, (2009).*

Tomando en cuenta lo mencionado, el Estado le faculta a la Fiscalía para que sea la que continúe la persecución de la causa, bajo el criterio de que el delito o la infracción que se cometió afecta al orden público, situando a tal institución pública como sujeto necesario de la relación jurídico procesal penal y contraparte directa del investigado/procesado, relegando a la víctima a un rol secundario y opcional, que hace que no nos debamos concentrar directamente en ella para analizar el principio de igualdad en las fases investigativas.

Sin embargo, aclarado este papel secundario que se le otorga a la víctima en las labores investigativas y acusatorias, sí es menester señalar que la víctima, a diferencia del investigado, guarda una regulación en el COIP de forma más clara y concisa sobre su intervención en el proceso penal. Así por poner un ejemplo, en cuanto al conocimiento de la investigación previa, el artículo 11 numeral 10 del COIP, respecto de los derechos de la víctima, dispone claramente como uno de ellos: *“A ser informada por la o el fiscal de la investigación preprocesal y de la instrucción”* (COIP, 2014, art. 11, numeral 10); es decir, la víctima, de forma expresa, sí tiene el derecho de ser notificada con la investigación preprocesal, mientras que en caso del investigado/acusado, como se mencionó, existe confusión en la legislación respecto de la obligatoriedad y el momento en que tal notificación debe ocurrir.

Lo anterior se comprueba también en la claridad mayor que brinda sobre la víctima la jurisprudencia de la Corte IDH, como en el caso Corte interamericana de Derechos Humanos; Caso castillo González y Otros Vs. Venezuela Sentencia, (2012), en el que indica que la participación de las víctimas:

*En el proceso implica el acceso al expediente respectivo (...) La Corte ha dicho también que, no obstante, tal potestad estatal **“en ningún caso [...] puede invocarse para impedir a la víctima el acceso al expediente de una causa penal [y...], de ser el caso, debe ser garantizada***

adoptando las medidas necesarias compatibles con el ejercicio de los derechos procesales de las víctimas (Corte IDH, Serie C No. 256, 2012, párr. 168).

Es decir, guarda diferenciación con el investigado/procesado, a quien sí autoriza la jurisprudencia interamericana limitaciones de acceso bajo el parámetro de la razonabilidad.

Al tiempo, la jurisprudencia de la Corte IDH también es más clara en cuanto al alcance de la participación que debe permitírsele a la víctima en la investigación, así, en *Velázquez Vs. Guatemala* señala:

Las víctimas de violaciones de derechos humanos o sus familiares, deben de contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación. Corte interamericana de Derechos Humanos; (Corte IDH, Serie C No. 70, 2000, párr. 160).

De lo mencionado, se interpreta que la participación de la víctima en las fases investigativas del procedimiento penal, pese a ser en la mayoría de los casos secundaria a aquella de la Fiscalía, resulta más clara y se le confiere una mayor regularización y consideración que al investigado/procesado.

Visto lo anterior, a efectos del estudio de la igualdad procesal como objeto de esta investigación, sí resulta importante destacar que las potestades conferidas a la víctima dentro del ordenamiento jurídico vigente hacen que el investigado/procesado ya no solamente deba defenderse de la Fiscalía sino también de la víctima, lo que justifica aún más la implementación de mecanismos idóneos para que el investigado/acusado esté en igualdad de armas.

EL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES COMO ENTIDAD DE CONTROL

Una vez identificados los sujetos procesales que hacen valer sus garantías procesales, es relevante iniciar la explicación sobre el órgano encargado de ejecutar dichas garantías y de la aplicación de las normas constitucionales, que en este caso es el juez de “control”, “instrucción” o que en nuestro caso es llamado “de Garantías Penales, a quien se ha venido mencionando ya anteriormente y sobre quien solo puntualizaré, de forma rápida, lo que ya se ha dicho; esto es, que no tiene un control eficaz y temporalmente adecuado sobre la potestad de Fiscalía de dirigir las fases investigativas.

Comienzo por decir que el artículo 399 del COIP, remite al Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) a fin de que sea este sea quién desarrolle la normativa de control, estructura, competencias y funciones del órgano de la jurisdicción penal. En tal sentido, al dirigirnos al artículo 225 del COFJ, (COFJ, 2009, art. 225), se observan las atribuciones que les corresponde específicamente a los jueces de garantías penales, quienes intervienen usualmente desde la formulación de cargos como acto para dar apertura a la instrucción fiscal y hasta la audiencia preparatoria de juicio, salvo aquellos casos en que se requiere de autorizaciones judiciales durante la investigación previa.

De forma específica, las atribuciones de los Jueces de Garantías Penales son las siguientes:

1. **Garantizar los derechos de la persona procesada y de la víctima durante las etapas procesales, conforme con las facultades y deberes que le otorga la ley.**
2. Ordenar y practicar los actos probatorios urgentes que requieran autorización.
3. Dictar las medidas cautelares y de protección.
4. Sustanciar y resolver los procedimientos de ejercicio privado de la acción penal.
5. Sustanciar y resolver los procedimientos abreviados y directos.
6. Sustanciar y resolver las causas en todos aquellos procesos de ejercicio público de la acción penal que determine la ley.
7. Conocer y resolver los recursos de apelación que se formulen contra las sentencias dictadas por las juezas y jueces de contravenciones en el juzgamiento de infracciones contra la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor.
8. Los demás casos que determine la ley. **Énfasis añadido** (COFJ, 2009,art. 225)

Analizada la norma citada, comprobamos una vez más, que nuestro sistema legal solo menciona que los jueces de garantías penales inician su control sobre los derechos del investigado/procesado “durante las etapas procesales” por lo que el Código no ampara ni brinda al juez un mecanismo de control para vigilar las actuaciones de los intervinientes durante las fases investigativas del procedimiento penal, en aras de impedir o subsanar de forma inmediata cualquier vulneraciones a sus derechos y garantías.

De igual manera el COIP, en su artículo 225 numeral 1, repite el mismo error al fijar como atribuciones de tales jueces: “Garantizar *los derechos de la persona procesada y de la víctima durante las etapas procesales*”, (COIP,2014,art.225, numeral 1), siendo que usualmente tal control, cuando exista vulneración a los derechos de la defensa del procesado en las fases investigativas el control jurisdiccional sea tardío o nulo, dado que el momento “procesal oportuno” se da en la audiencia preparatoria y evaluatoria de juicio. Es por ello que inclusive

los jueces entrevistados refieren que una opción de control preprocesal de la actividad fiscal sería necesaria:

Podría existir una solución, sí podría, como nuestro sistema es a bases de audiencias podría tal vez incorporarse una reforma o dar una facultad normativa o una facultad reglamentaria en la que se pueda decir que si es que Fiscalía está vulnerando una de estas garantías en audiencias y que se ponga en conocimiento al juez de garantías... (Juez número 1)

CONCLUSIÓN DE LOS SUJETOS PROCESALES Y DEL JUEZ DE GARANTÍAS PENALES EN NUESTRO SISTEMA PROCESAL PENAL

Con el análisis que antecede, he determinado que los sujetos procesales identificados por el COIP como víctima, procesado y Fiscalía no se encuentran en una situación de igualdad dentro de las fases investigativas del procedimiento penal, pues frente a la Autonomía Administrativa y Dirección de la Investigación de la Fiscalía, así como la mayor claridad en la regulación de la posibilidad de intervención de la víctima en las mismas, nuestro ordenamiento jurídico vigente busca limitar y restringir, a través de normativa poco clara, la capacidad de intervención del procesado durante las fases investigativas del procedimiento penal.

Esta situación plantea interrogantes importantes sobre la eficacia y la aplicación del principio de igualdad del sistema judicial en el ámbito penal. Se hace notorio la necesidad de revisar y actualizar las disposiciones legales para asegurar que el juez cuente con las herramientas adecuadas para supervisar y controlar las actuaciones de las partes en todas las fases del proceso penal. Esto contribuiría a fortalecer la igualdad procesal y capacidad de contradicción dentro del sistema, garantizando así una justicia más efectiva.

3. SECCIÓN TERCERA: FINALIDADES DE LAS FASES INVESTIGATIVAS DEL PROCEDIMIENTO PENAL:

Las etapas en las que se centra este trabajo son aquellas que desarrollan la labor investigativa de la Fiscalía, es decir, la fase preprocesal de investigación, también conocida como investigación previa, y la fase procesal de investigación, denominada instrucción fiscal, estas son las únicas fases en las que la Fiscalía General del Estado tiene la potestad de investigar al sospechoso y en las cuales dicho organismo estatal guarda una dirección virtualmente sin control de otras instituciones estatales.

La importancia de estas dos etapas radica en que ambas son decisivas para continuar con el desarrollo del proceso penal, ya que como se ha mencionado, la Fiscalía como titular de la

acción penal va a recabar todos los elementos de cargo y de descargo para así decidir si ejerce o no la acción penal pública a través de la formulación de cargos y, posteriormente, si la formaliza en la audiencia preparatoria de juicio.

Además de estas facultades, las funciones de la Fiscalía en estas fases son la recepción de denuncias, el realizar el reconocimiento de huellas, cosas y lugares, tomar versiones de la víctima y de terceros, la solicitud de peritajes a la entidad correspondiente, la solicitud del testimonio anticipado de la víctima, entre otras funciones establecidas en el artículo 444 del COIP¹¹(COIP,2014,art.444). En la mayoría de los casos, la práctica de estas diligencias entra en tensión con los derechos de las personas investigadas, así como también de sus garantías dentro del contexto del debido proceso, por lo invasivos que pueden ser los actos de investigación que buscan desentrañar la verdad sobre hechos tan graves como lo son las infracciones penales.

Frente a estas etapas investigativas, el investigado/acusado se encuentra en una situación de desigualdad y debe de esperar hasta la fase evaluatoria de juicio para indicar al órgano jurisdiccional si existen conductas abusivas por parte de Fiscalía, momento que usualmente se vuelve tardío para tutelar los derechos y garantías del referido interviniente. En estos términos, paso a sustentar lo manifestado a través de un análisis general de las finalidades y regulación de las fases y etapas investigativas del procedimiento penal

DE LA FASE DE LA INVESTIGACIÓN PREVIA:

La etapa de investigación previa se inicia, en la mayoría de los casos, a partir de la denuncia, que es el mecanismo mediante el cual se informa a la Fiscalía sobre la comisión de un supuesto delito, esto, sin perjuicio de que Fiscalía pueda iniciar inclusive oficiosamente la investigación cuando llegue a su conocimiento información sobre tal suceso.

Cualquier persona tiene la facultad de presentar esta noticia ante diversas entidades, como la Fiscalía, la Policía Judicial, el Sistema de Investigación y el Organismo encargado de los asuntos relacionados con el tránsito. Es importante destacar que la noticia puede ser presentada tanto de manera oral como por escrito.

Ya en cuanto al objeto de la investigación previa, el autor Julio Sotomayor, determina lo siguiente:

“En el sistema acusatorio oral, la fase de investigación se encuentra bajo la dirección exclusiva del Fiscal. Por ser su responsabilidad, debe promover todos los actos o diligencias tendientes a

¹¹ Ibidem

descubrir el delito, es decir recogiendo los llamados elementos de convicción, que serán luego convertidos en elementos probatorios” Sotomayor, (2023).

Al respecto, La Corte IDH en el Caso Sales Pimenta Vs. Brasil en la sentencia de 30 de junio de 2022. Serie C No. 454., determina cual es el deber de investigar:

La Corte ha señalado de manera consistente que el deber de investigar es **una obligación de medios y no de resultados**, que debe ser asumida por el Estado como un deber jurídico propio y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa (Corte IDH, Serie C No. 454, 2022, párr. 85).

En este sentido, toda vez que se ha explicado que en esta fase se deben de investigar los hechos de la infracción penal con objetividad, es decir, sin que Fiscalía ingrese a la investigación previa con un criterio preconcebido sobre la culpabilidad del investigado, es pertinente determinar si esta finalidad se encuentra recogida legalmente, según el COIP. Al respecto, tal cuerpo normativo regula esta fase preprocesal desde el artículo 580 hasta el artículo 588, siendo que la finalidad de esta etapa preprocesal se dispone, en específico, en el artículo 580 del COIP, la cual indica lo siguiente, (COIP, 2014, art.580):

Finalidades. - En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal **decidir si formula o no la imputación y de hacerlo, posibilitará al investigado preparar su defensa.**

Al respecto, el mismo cuerpo es coherente con el artículo 195 de la Constitución de la República, pues indica que la Fiscalía es quién debe dirigir la investigación para con ello decidir si formula o no cargos en contra del investigado. Los elementos sobre los que debe formar criterio se encuentran en el segundo inciso del referido cuerpo normativo, que dispone: “determinar si la conducta investigada es delictuosa, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, la existencia del daño causado, o, a su vez, desestimas estos aspectos”.

Hasta allí, la regulación es concordante, inclusive con el principio de objetividad, puesto que determina que la Fiscalía no solo debe investigar dichos aspectos para comprobarlos, sino también para “desestimarlos”, sin embargo, notamos por parte del legislador un error craso al momento de decir que, la defensa del investigado depende, en su ejercicio, de que el fiscal decida formular cargos.

Esto que nos quiere decir, que el investigado para ejercer su derecho a la defensa, que incluye el derecho de contradicción y al estar en igualdad de armas, solo lo podrá hacer tras la finalización de la investigación previa, es decir, luego de que Fiscalía haya realizado sus diligencias investigativas y considere que ya tiene los suficientes elementos para luego permitirle al investigado intervenir en el proceso.

Esta es otra de las situaciones normativas en las que el COIP, no regula ni ampara al investigado, lo que, de hecho, guarda concordancia con el resto del ordenamiento jurídico, que parece hacer notar que los derechos del sujeto pasivo de la investigación penal se ejercen únicamente “durante el proceso”. En tal sentido, a pesar de que en esta etapa la Fiscalía se esfuerza por esclarecer los hechos de la infracción y emplea ampliamente sus facultades para solicitar numerosas diligencias investigativas, el investigado se encuentra en una posición desfavorecida, careciendo de los mecanismos adecuados para actuar y, aún más preocupante, para ejercer su defensa.

Devenido de lo anterior, dentro del desarrollo de este capítulo del Código Orgánico Integral Penal, denominado “Fase de Investigación Previa”, no existe norma alguna que tutele los derechos del investigado, ni que prevea situaciones en las que el investigado pueda hacer uso de su capacidad de defensa, pues el actor principal al que regula el Código es la Fiscalía, sin ningún tipo de limitación expresa que se encuentre en este articulado. Al tiempo y por lo comentado, en esta fase, el investigado tiende a ser visto más como un mero objeto de prueba para que la Fiscalía realice sus actuaciones en su contra, en lugar de ser tratado como un sujeto procesal con la capacidad de hacer valer sus derechos constitucionales.

En esta etapa preprocesal el código contempla únicamente las actuaciones de la Fiscalía, en el ámbito investigativo como procedimental las cuales son las siguientes:

1. La forma en la que Fiscalía puede conocer de la infracción penal.
2. La toma de versiones de las personas que se hace ante la Fiscalía.
3. Las actuaciones fiscales urgentes que solicita la Fiscalía.
4. La reserva de la investigación que de igual manera que se encarga la Fiscalía.
5. El tiempo de duración de la investigación previa, y el caso en que Fiscalía no

cuenta con los medios probatorios suficientes puede ordenar el archivo

Como se puede evidenciar, en ningún artículo se establece una norma en la cual se proteja los derechos del investigado, pero aún que garantice su intervención oportuna en la investigación de fiscalía, o que prevenga las vulneraciones que se le hagan al investigado en el desarrollo de esta fase investigativa.

En conclusión, esta fase preprocesal no cuenta con una normativa suficiente ni con mecanismos eficaces idóneos que le garanticen al investigado hacer uso cuando su derecho de contradicción este vulnerado o más aún cuando sus garantías del debido proceso no puedan ser debidamente escuchadas. En el próximo apartado, abordaré la siguiente fase de la investigación, que es la instrucción fiscal.

DE LA FASE DE LA INSTRUCCIÓN FISCAL:

El inicio de la instrucción fiscal, como primera etapa del proceso penal como tal, se da con la audiencia de formulación de cargos, la cual es solicitada por Fiscalía cuando tiene los elementos de convicción que le han permitido generar una probabilidad cierta sobre aquellos elementos referidos en el segundo inciso del artículo 580 del COIP, a los que ya he hecho referencia al hablar de la investigación previa, en especial, determinación de la existencia de la infracción y de un posible responsable de la misma. Esta etapa procesal, normativamente, se va a desarrollar desde el artículo 590 al artículo 600 del COIP.

De conformidad con el artículo 590 del COIP, establece la finalidad de la Instrucción fiscal la cual es,

Finalidad. -La etapa de instrucción tiene por finalidad determinar elementos de convicción, de cargo y descargo, que **permita formular o no una acusación en contra de la persona procesada.**¹⁶ (COIP,2014, art 590)

En este sentido, la Fiscalía como titular de la acción de penal en esta etapa procesal debe específicamente determinar si tiene o no los suficientes medios probatorios para realizar una acusación en contra de la persona investigada.

Es tan solo en esta etapa, en que el COIP, en los artículos 597 y 598, menciona por primera vez al procesado como sujeto procesal; así, en el artículo 597 se dispone que el procesado puede presentar al fiscal los elementos de descargo que considere pertinentes para su defensa. Pero nuevamente en el desarrollo de este acápite, no regula y no existe una norma que le prevea al procesado un mecanismo jurisdiccional para evitar arbitrariedades de Fiscalía al momento de la recepción de tales elementos, como, por ejemplo, si Fiscalía se negase a recibirlas.

En la misma línea, el artículo 598, determina que cualquiera de los sujetos procesales (incluido, por tanto, el procesado) puede solicitar a la Fiscalía la práctica de diligencias o pericias para sustentar sus elementos ya sea de cargo o de descargo. Sin embargo, de la misma forma, en el caso de que el procesado solicite las diligencias y éstas sean negadas o peor aún

Fiscalía se atribuya la potestad de pedir la pertinencia de la diligencia solicitada por el procesado, tampoco se encuentra regulación al respecto.

Finalmente, cabe decir que no se encuentra tampoco en el articulado de la referencia regulación alguna, como se ha venido manifestado, que le permita al ahora procesado elevar solicitudes de intervención del Juez de Garantías Penales en defensa de sus derechos, frente a los actuantes investigativos de Fiscalía, pues ni siquiera se prevé la intervención del procesado en los casos de autorización judicial.

Está situación además implica que, el procesado no pueda recurrir a un ente regulador como es el juez de garantías penales ya que la normativa no prevé ni le da los mecanismos suficientes para hacerlo. Entonces qué opciones tiene el procesado cuando sus diligencias investigativas son el único mecanismo para aportar al proceso los elementos de descargo y las mismas son rechazadas por Fiscalía, simplemente la respuesta a esta situación es ninguna.

Para concluir con este acápite de las finalidades de las fases investigativas del proceso penal ordinario, es pertinente señalar que la fase de la investigación previa como la instrucción fiscal son esenciales dado que ambas buscan recabar elementos ya sea de cargo y de descargo. Sin embargo, en el desarrollo de estas fases no hay una normativa clara ni protectora respecto de la intervención del investigado/acusado, lo que le genera una grave desventaja frente a la Fiscalía.

VII. CONCLUSIONES:

Toda vez que se ha concluido con la investigación teórica como práctica y se ha planteado los mecanismos para resolver los problemas jurídicos respecto del alcance del control jurisdiccional del principio de igualdad en las fases investigativas del proceso penal, es pertinente señalar las siguientes conclusiones:

El proceso penal ecuatoriano es un procedimiento que se basa en el sistema acusatorio formal, este sistema tomó elementos del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo y los unió para formar este nuevo sistema. La relevancia de este sistema radica en que el juez es quién garantiza el efectivo goce de los derechos de los sujetos procesales y es quién debe controlar las actuaciones de los mismos.

Como hemos visto a lo largo de todo este trabajo investigativo, la Fiscalía como titular de la acción penal es quién se apropia del conflicto penal desplazando a la víctima como integrante del mismo. Es quién se encarga de dirigir y controlar la fase preprocesal y la etapa de la

instrucción fiscal. Por otro lado, tenemos al investigado/sospecho del cual hemos mencionado que en el proceso penal no se encuentra en una situación de igualdad de oportunidades ni de medios y que pese a tener las garantías del debido proceso, las mismas en la práctica se ven vulneradas. Finalmente, el Juez de Garantías Penales, el cual no es un sujeto procesal sino es quién se encarga de controlar el proceso, cumplir y hacer respetar las garantías del debido proceso de los sujetos procesales.

Este sistema de igual manera goza de características que son fundamentales para su aplicación y eficacia en el proceso penal. Sin embargo, se demostró que con estas características se evidencian varios problemas jurídicos para el investigado/procesado. Empecemos con la oralidad y la publicidad, en las fases investigativas estas características se ven vulneradas con la obtención de la autorización judicial, pues este trámite se lo realiza de forma escrita y no es oral.

El acceso al expediente, como se identificó el investigado tiene impedimentos impuestos por la Fiscalía para revisar el contenido del expediente ya que, en muchos de los casos no es suficiente el tiempo que le otorga la fiscalía o simplemente les niegan el acceso a sacar copias del mismo. Otro de los problemas que se deriva de estas características es la reserva de la investigación, la cual Fiscalía se mal entiende y se le niega al procesado acceso de la misma.

Continuando con los demás problemas jurídicos mencionaré a la contradicción esta característica se ve vulnerada cuando el investigado/procesado no puede recurrir a la negativa de las solicitudes de diligencias o la incorporación de pruebas que el considere pertinentes.

Finalmente, la igualdad procesal casi inexistente dado que en estas fases por un lado está la Fiscalía con todas sus atribuciones y el investigado/procesado con un poca regularización de su actuación en la fase preprocesal como en la instrucción penal.

Todas estas características se relacionan con las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 76 numeral 7 y sus incisos y en el artículo 77 numeral a) de la constitución (CRE, 2008, art. 76, numeral 7, inciso b, c, d, f y art. 77, inciso a). De los cuales podemos identificar:

- A. Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.
- B. Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

- C. Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.
- D. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento.
- E. Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- F. Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos.

Ahora bien, toda vez que se ha mencionado las características del sistema acusatorio formal y de las garantías del debido proceso vulneradas. Es importante finalizar con esta última idea la cual es evidente que en la investigación previa como en la instrucción fiscal existe una oscuridad y una zona no regulada respecto de las actuaciones abusivas de la Fiscalía, la falta de mecanismos que puede interponer el investigado cuando sus derechos han sido vulnerados y de la falta de control del juez. Por lo que, es pertinente y necesario hacer un cambio normativo para garantizar a las partes el cumplimiento del sistema y de las garantías que goza el proceso penal.

RECOMENDACIONES:

En esta última parte indicaré las posibles soluciones y recomendaciones normativas a los distintos problemas jurídicos que se mencionaron anteriormente, pues, es importante mencionar que, en las fases investigativas, se debe de aplicar eficazmente las garantías del debido proceso así garantizar las características del sistema acusatorio formal.

En este sentido, la mayoría de los problemas jurídicos prácticos se dan por la falta de una debida aplicación control jurisdiccional en estas fases investigativas. Es decir, el Juez de Garantías Penales no tiene los mecanismos normativos suficientes para garantizar la igualdad entre las partes, así como la Fiscalía; de igual manera, no está regulada respecto de las actuaciones abusivas que las realiza en contra del investigado/sospechoso y el investigado/sospechoso no tiene los mecanismos para hacer valer sus derechos.

Con todo ello una de las primeras soluciones óptimas para mantener la igualdad entre las partes y hacer respetar los derechos constitucionales es cambiando la normativa, en el siguiente sentido:

1. El artículo 5 numeral 5 del COIP determina que el principio de igualdad se hace efectivo únicamente en la actuación procesal, por lo que, se debería incorporar el término “preprocesal”, a fin de que se garantice que y cumpla con la garantía del artículo 76 numeral 7 inciso c. El artículo con la nueva incorporación sería:

1.1 Es obligación de las y los servidores judiciales hacer efectiva la igualdad de los intervinientes en el desarrollo de la actuación preprocesal y procesal, especialmente entre la fiscalía general del Estado y el investigado o procesado. Protegerá prioritariamente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad (COIP, 2014, art. 5, numeral 5).

2. El segundo cambio normativo corresponde a las competencias del juez, en el artículo 225 numeral 1 del COFJ indica cuales son las competencias del Juez de Garantías Penales, de igual manera en este artículo únicamente ejerce su competencia de juzgar en las etapas procesales por lo que, deja en un vacío a la fase preprocesal. En este sentido, para que el juzgador pueda hacer uso específicamente de su competencia se deberá de incorporar lo siguiente:

2.1 Garantizar los derechos de la persona procesada y de la víctima durante la fase preprocesal y las etapas procesales.

Continuando con el mismo artículo se debería de incorporar un numeral 9 en el que se le faculte al juzgador el ejecutar las siguientes actuaciones:

2.2 Conocer y resolver acerca de las peticiones fundadas que presente el investigado o el procesado, en las fases de investigación previa como en la instrucción fiscal, respecto de la vulneración de las garantías del derecho a la defensa que se originen de actos investigativos de Fiscalía. En especial, el juez de garantías penales será competente para conocer las solicitudes escritas que presente el investigado o procesado en los siguientes casos:

- Cuando exista una negativa del acceso, copias y revisión de todo lo que obra en el expediente fiscal por parte de Fiscalía, en la etapa preprocesal como procesal.
- Cuando no se le notifique al investigado en el momento procesal oportuno.

- Cuando Fiscalía niegue de oficio las solicitudes investigativas del investigado o procesado en la fase preprocesal y procesal.

2.3 En los casos que Fiscalía General del Estado requiera autorización judicial para las respectivas diligencias investigativas que se deben llevar a efecto dentro de la investigación previa o la instrucción fiscal, deberá motivar en legal y debida forma su decisión de conceder o negar el pedido, tomando en especial consideración la presunción de inocencia de la que gozan las personas investigadas y procesadas, así como el hecho de que el pedido cumpla con un fin legítimo y la medida a adoptarse sea idónea, necesaria y razonable.

2.4 En el mismo cuerpo normativo, el artículo 282.3 del COFJ indica “La Fiscalía debe garantizar la intervención de los imputados o procesados en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, que deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias.

En este sentido, se debe de agregar un numeral 4 en el que establezca lo siguiente:

Cuando Fiscalía identifique a una persona como investigado dentro de una investigación previa, procederá a disponer inmediatamente su notificación para que comparezca al expediente y ejerza su derecho a la defensa. La falta de notificación en los términos citados hará que las diligencias investigativas efectuadas en la respectiva investigación previa carezcan de valor probatorio.

3. Continuando con los cambios normativos, el artículo 444 establece las atribuciones de la Fiscalía en el proceso penal, en ese sentido los cambios normativos respecto de la Fiscalía son los siguientes:

3.1 La Fiscalía recibirá los elementos de descargo presentados por el investigado o el procesado en las fases preprocesales y procesales. En el caso de que Fiscalía decida negarse a recibir los elementos de descargo presentados por el investigado y el procesado, o decida negar las solicitudes de diligencias investigativas solicitadas por aquellos, los mismos, por escrito, podrán recurrir acudir al Juez de Garantías Penales, a fin de que conozca de la negativa y decida lo correspondiente.

3.2 Cuando el investigado o el procesado hubiesen solicitado acceso al expediente investigativo a Fiscalía, dicha institución tendrá el plazo de (3) días para hacer efectiva dicha solicitud. Si dicha solicitud fuese ejecutada previo a una audiencia de aquellas previstas en este

Código, el Juez de Garantías Penales se encargará de constatar que el investigado o procesado ha contado con el tiempo y los medios suficientes para preparar su defensa.

4. Ahora, respecto del problema de la autorización judicial, se propone la creación de un nuevo artículo que establezca lo siguiente.

Art. -445 Autorización Judicial. - En aquellos casos en los que la práctica de una diligencia investigativa implique la limitación de los derechos y garantías reconocidos al investigado o al procesado, la fiscalía general del Estado requerirá al Juez de Garantías Penales la autorización judicial correspondiente, de acuerdo con las siguientes reglas:

- La Fiscalía tendrá que justificar que la diligencia guarda una finalidad legítima, se solicita de acuerdo con el principio de legalidad y que la misma es idónea, necesaria y proporcional.
- La Fiscalía deberá identificar en la solicitud correspondiente los fundamentos de hecho y de derecho, devenidos del expediente fiscal, que justifique su solicitud.
- En caso de que la diligencia investigativa sea de aquellas para las que este Código prevé la posibilidad de requerir reserva judicial. La Fiscalía fundamentará, la necesidad de adoptar dicha reserva y el plazo durante el que la misma podrá ser aplicada, mismo que no podrá exceder de (10) días.

Para garantizar el debido proceso, en el caso de que se haya obtenido una decisión favorable del juez de garantías penales y las diligencias investigativas no tuviesen reserva judicial, El Juez de Garantías Penales notificará también al investigado o procesado con el contenido de la solicitud y de la decisión. De esta decisión, el investigado o el procesado podrá interponer recurso de revocatoria o reforma, en el término de tres días posteriores a la notificación.

5. El artículo 580 del COIP indica la finalidad de la investigación previa en la cual nuevamente su regularización es solo respecto de la Fiscalía y no del investigado/sospechoso, en este artículo se menciona que si Fiscalía decide formular cargos (ex post) le facultará al investigado para recién en ese momento preparar su defensa. El cambio normativo y la incorporación de nuevos artículos es la siguiente:

5.1 En la fase de investigación previa se reunirán los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan a la o al fiscal decidir si formula o no la imputación, desde la apertura de la misma, si es que Fiscalía tuviese conocimiento de la identidad del investigado,

se garantizará su notificación y acceso al expediente para que pueda preparar su defensa y presentar los elementos de descargo que considere pertinentes (COIP, 2014, art. 580).

5.2 Investigado: El investigado en esta fase podrá presentar los elementos de descargo para la preparación de su defensa, así como ejercer su derecho de contradicción en las actuaciones de Fiscalía. De igual manera será notificado con el contenido de la denuncia o documento con el cual hubiese iniciado la investigación previa que se sigue su contra, desde el momento que fuese considerado por Fiscalía como investigado.

6. Respecto del problema jurídico de la reserva de la investigación, en la cual Fiscalía no le permite el acceso total al del expediente lo que implica que el investigado no pueda ejercer su derecho de contradicción ni opositar con los elementos de descargo. Se plantea el siguiente cambio normativo.

Art. 584.-Reserva de la investigación. Las actuaciones de la Fiscalía, de la o el juzgador, del personal del Sistema especializado integral de investigación, medicina legal y ciencias forenses, la Policía Nacional, y de otras instituciones que intervienen en la investigación previa, se mantendrán en reserva de terceros ajenos a la investigación. Esta reserva, salvo los casos de estricta excepción previstos en este Código, no se aplicarán a la víctima o al investigado, a quienes se garantizará directamente, o a través de sus abogados debidamente designados, a tener acceso inmediato, efectivo y suficiente a las investigaciones (COIP, 2014, art. 584).

En ningún caso la reserva de la investigación podrá extenderse a todo el expediente fiscal respecto de la persona investigada y de la víctima, pudiendo extenderse solamente a aquellos actos investigativos previstos en este Código.

No obstante, si podrá negar el acceso respecto de diligencias en las que fundamente la necesidad de ser reservadas ya sea para salvaguardar la información que se va a encontrar de esta diligencia.

Art. 585.-Toda actuación que se desarrolle en la fase de investigación previa que vulnere el derecho a la defensa del cual es titular el investigado, carecerá de eficacia probatoria.

Finalmente, el último cambio normativo corresponde al artículo 597 respecto de las actividades investigativas en la instrucción fiscal de la cual se agrega un inciso tercero: Para la obtención de la autorización judicial se seguirá los parámetros establecidos en este Código.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anonimo (05 de Octubre de 2023). Abogado Autonomo .
- Anonimo (04 de octubre de 2023). Abogado Defensor.
- (05 de Octubre de 2023). Abogado Autonomo .
- Angulo, P. (2007). *La función del fiscal Estudio comparado y aplicación al caso peruano, El fiscal en el nuevo proceso penal*. In Lima Jurista Editores.
- Asamblea Nacional. (2014). *Código Orgánico Integral Penal [Ley 180 de 2014]. 28 de enero de 2014 . RO. 10 de febrero de 2014*
- Asamblea Nacional. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial [Ley 544 de 2009]. 3 de marzo de 2009 . RO. 9 de marzo de 2009*
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial*.
- Ávila Santamaría, R. (2015). *El Código Orgánico Integral Penal y su potencial aplicación garantista*. Corporación Editora Nacional.
- Benavides Benalcázar, M. M., Crespo Berti, L. A., & Molina Gutiérrez, T. d. (2020). Benavides Benalcázar, M. M., Crespo BeLa instrucción fiscal y el derecho de defensa como garantía del procesado. *Revista Universidad y Sociedad*, 158–166.
- Bovino, A. (1993). La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos. *Derecho Y Humanidades*, 3-4.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (19 de agosto de 2021), Sentencia Caso Ríos Avalos y otro Vs. Paraguay Sentencia. Serie C 429
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (17 de noviembre de 2009), Sentencia Barreto Leiva Vs. Venezuela Sentencia. Serie C 206
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2 de noviembre de 2021), Sentencia Manuela y otros Vs. Salvador. Sentencia. Serie C 441
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (17 de noviembre de 2009), Sentencia Barreto Leiva Vs. Venezuela. Sentencia. Serie C 205
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (3 de junio de 2021), Sentencia Grijalva Bueno Vs. Ecuador. Sentencia. Serie C 426
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (7 de septiembre de 2022), Sentencia Mina Cuero Vs. Ecuador. Sentencia. Serie C 464
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (27 de noviembre de 2012), Sentencia Castillo González y otros Vs. Venezuela. Sentencia. Serie C 256
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (25 de noviembre de 2000), Sentencia Vámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia. Serie C 70
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (30 de junio de 2022), Sentencia Sales Pimenta Vs. Brasil. Sentencia. Serie C 454

- Catanese, M. F. (2022). Garantías constitucionales del proceso penal. La Evolución Del Derecho Procesal a La Luz de Justicia. 127–160.
- Corte Constitucional. (21 de julio de 2021) Sentencia No, 4-19-ep/21.
- Corte Constitucional. (1 de junio de 2021) Sentencia No, 151-15-ep/21.
- Corte Constitucional. (23 de noviembre de 2021) Sentencia No, 2195-19-ep/21.
- Corte Constitucional. (23 de noviembre de 2021) Sentencia No, 1716-16-ep/21.
- Corte Nacional de Justicia, Sala de casación de lo Penal, (28 de septiembre de 2016) Sentencia No. 09-2016. [Jorge Blum Carcelén].
- Corte Nacional de Justicia. (2017). *Criterios sobre inteligencia y aplicación de la ley*. Corte nacional de Justicia.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). (Art 195). 2da Ed. CEP.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). (Art 168, numeral 6). 2da Ed. CEP.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). (Art 76, numeral 7, inciso b, c, d, e, f, g y h). 2da Ed. CEP.
- Constitución de la República del Ecuador [Const.]. (2008). (Art 77, numeral 7, inciso a). 2da Ed. CEP.
- Deu, A. (2012). *Sistemas procesales penales. La justicia penal en Europa y América*. España.
- Impulso Fiscal, XXX (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 29 de 12 de 2020).
- IMPULSO FISCAL, XXXX (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 21 de 12 de 2022).
- Impulso Fiscal, XXX (FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO 24 de 02 de 2023).
- (05 de Octubre de 2023). Juez número 1.
- (03 de Octubre de 2023). Juez número 2.
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos, (1966)*. Obtenido de <https://www.coe.int/es/web/compass/the-international-covenant-on-civil-and-political-rights>
- Pérez, A. (2015). *Los Principios Generales del Proceso Penal*. Bogotá - Colombia.: Editorial TEMIS S. A.
- Roxin, C., & Schünemann, B. (2019). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires - Argentina: Ediciones Didot.
- Vega, M.R. (2013). Sistema acusatorio de justicia penal y principio de obligatoriedad de la acción penal. *Revista de Derecho de La Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*.
- Yavar, F. (2009). Aproximación Victimológica al conflicto penal. 69-80.