



FACULTAD DE DERECHO

LA INDAGACIÓN PREVIA Y SU SUJECCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN EL DEBIDO PROCESO

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República

Profesora guía:

Dra. Johana Pesántez Benítez

Autor:

Diego Fernando Racines Tobar

Año

2012

DECLARACIÓN DE LA PROFESORA GUÍA

Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos y competencias para un desarrollo del tema escogido y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.

Johana Pesántez Benítez
Doctora en Jurisprudencia
C.C. 170788779-8

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.

Diego Fernando Racines Tobar

C.C. 170983660-3

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a mi familia.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a mis amigos por siempre estar ahí.

RESUMEN

Este trabajo trata la aplicación y cumplimiento de derechos y garantías del debido proceso, y su aplicación en la fase de Indagación Previa.

Contiene un estudio sobre las fases del proceso penal que trata el Código de Procedimiento Penal, con un enfoque doctrinario se refiere a cada etapa procesal, así como a su objetivo y características propias.

Al respecto, se han anotado distintos períodos entre los cuales se encuentra la indagación previa, anterior a la instrucción fiscal, en donde se pretende encontrar todos los recaudos procesales necesarios para la realización del caso.

En la teoría procesal es necesario distinguir a todos los sujetos del procedimiento, como los sujetos acusadores, el fiscal y el acusador particular; así como el imputado, el sujeto juzgador u operador de justicia. A todos ellos se les atribuye un objeto específico en el proceso penal, así como funciones especiales, derechos y garantías propios.

Es imperativo hacer referencia a las últimas reformas penales realizadas, si bien no han determinado limitaciones o ampliación de las garantías fundamentales de debido proceso, si establecen la reforma del proceso penal oral. Actualmente se requiere la realización de múltiples audiencias, entre ellas la de formulación de cargos y de sustentación de dictamen, ambas dan principio y fin a la instrucción fiscal, por ejemplo.

El presente estudio ha buscado profundizar sobre las garantías constitucionales que se aplican en el debido proceso, se ha hecho una aproximación teórico-normativa a su conceptualización, contiene una delimitación de todas las garantías a las que la Constitución se ha referido con respecto a las normas que para el juzgamiento favorecen a los sujetos

procesales, y ha determinado la forma en que los operadores de justicia deben cumplir con su contenido.

El presente trabajo llega a la conclusión de la necesidad de una reforma procesal, de manera que si bien, se continúe teniendo a la indagación previa como una etapa inicial del proceso, no se menoscaben los derechos y garantías de debido proceso. En la actualidad esta tarea no ha sido garantizada en la práctica, por lo que es necesario determinar el cumplimiento de ellas de forma específica.

ABSTRACT

This study is a doctrinal approximation into application and accomplishment of rights and principles of due process during all criminal process periods, specifically its attention during the Previous Investigation phase.

It contains a brief study about the segments and phases that criminal trial has and Penal Process Code enunciates, with doctrinal focus it refers to each period, its own objective, proper characteristics, among other concepts.

In this order, it contains the process distinctive periods, particularly the previous investigation phase, prior to prosecutor investigation; its objective is to accumulate all possible evidences to impulse a penal trial.

According to process theory is obligatory to distinguish the trial parties, including accuser parties, prosecutor and particular complainant; as well as the judging parties and other justice operators, and the accused. All of them have a specific objective during the criminal process development, as especial functions, rights and principles of due process in their convenience.

Is imperative to make reference to most recent penal law reforms that took place during year two thousand and nine, although they do not determinate any type of limitations or enlargement about right and due process principles, they set up reforms to penal process, is performed with some audiences previous to the proper trial. Nowadays, it's required to complete a charges formulation audience and a prosecutor indictment sustentation audience, between both the prosecutor investigation begins and finishes.

This study has deepened in constitutional due process principles, has done a theoretical-normative approximation to its conceptualization, it contains a delimitation of all rights that Constitution recognizes respect to norms that to

trial favor process parties, also has determined the manner that justice operators have to accomplish its substance.

The present thesis reaches to the conclusion that it's imperative and necessary to work in a process law reform, that continues considering the previous investigation as the beginning of criminal process, and do not diminish rights and due process principles. Nowadays this work has not been guaranteed in practice, and is needed to determinate its fulfillment in specific ways.

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ETAPAS DEL PROCESO PENAL DE ACCIÓN PÚBLICA	3
1.1. Antecedentes históricos	3
1.2. El proceso penal de acción pública: Etapas procesales	3
1.2.1. La acción penal.....	6
1.2.2. Instrucción Fiscal	9
1.2.2.1. Características de la Instrucción Fiscal	10
1.2.3. Etapa Intermedia	11
1.2.4. El juicio.....	14
1.2.5. Etapa de Impugnación	18
CAPÍTULO II: LOS SUJETOS PROCESALES.....	23
2.1. Breve introducción.....	23
2.2. Sujetos acusadores	24
2.2.1. Fiscalía General del Estado	25
2.2.2. Acusador Particular	28
2.3. El imputado	29
2.4. El defensor	34
2.5. El juzgador	35
CAPÍTULO III: INDAGACIÓN PREVIA Y DEBIDO PROCESO	37
3. 1. Indagación Previa.....	37
3.1.1. Atribuciones del fiscal durante la etapa indagatoria	38
3. 2. Debido Proceso	44
3.2.1. Análisis Normativo del Debido Proceso.....	47

3.2.1.1. Acuerdos internacionales y Legislación Ecuatoriana.....	48
3.2.1.2. Breve reseña normativa nacional	48
3.2.1.3. Garantías Constitucionales del Debido Proceso	49
3.2.2. Principios Constitucionales de Debido Proceso	51
3.2.3. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales	56

CAPÍTULO IV: APLICACIÓN TEÓRICO PRÁCTICA DEL DEBIDO PROCESO A LA FASE DE INDAGACIÓN

PREVIA	61
4.1. Sobre la fase indagatoria y el debido proceso	61
4.1.1. Reserva de la indagación	62
4.1.2. Indagación previa y presunción de inocencia	64
4.1.3. Igualdad procesal durante la indagación previa	65
4.2. La indagación Previa: Propuesta de Reforma Procesal....	66
4.2.1. Criterios propuestos por profesionales del derecho	69

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y

RECOMENDACIONES	73
5.1 Conclusiones	73
5.2 Recomendaciones	82
REFERENCIAS.....	83
ANEXOS	84

INTRODUCCIÓN

En cuanto a materia de debido proceso, un concepto que si bien es de naturaleza constitucional, contiene características y aplicación eminentemente procesal. Si bien existen normas fundamentales que se han referido a tales garantías, las normas adjetivas establecen la medida en la que se aplicarán cuando, a través de sus representantes el Estado pone en la práctica el poder de policía y el ejercicio de las acciones públicas.

El procedimiento de acción penal pública es de naturaleza oral, se desarrolla de forma predominantemente oral. A pesar de que esta es la regla general, la mayoría de recaudos investigativos están contenidos en expedientes escritos a cargo de los fiscales, los mismos que son comunicados y remitidos a los órganos jurisdiccionales para mantener el registro de las actuaciones e inclusive el control de su apego a las normas de garantías. Es necesario que se mantenga un registro del proceso, en vista que la oralidad no implica que el proceso tenga que estar almacenado en archivos de audio. La oralidad del proceso penal implica y requiere la realización de audiencias en que los acusados tienen derecho a ejercer su defensa de forma pública, a controvertir las actuaciones de la contraparte y en general ejercer su derecho a la defensa. Además del ejercicio de la defensa, el debido proceso implica el cumplimiento de muchos otros preceptos que tradicionalmente se ha contenido en los textos constitucionales en la historia del derecho nacional. Actualmente el artículo 76 de la Carta Fundamental delimitan las garantías de debido proceso, asimismo el artículo 77 se refiere a las normas de legitimidad respecto de la privación de la libertad.

El debido proceso en la indagación previa como se plantea en las normas adjetivas vigentes se expresa con el cumplimiento de ciertas acciones a cargo de los jueces y fiscales, por ejemplo se ha de garantizar el derecho a la defensa, lo cual implica el acceso a los elementos del proceso de forma oportuna para que se pueda realizar una defensa eficaz. Además, existen

diligencias investigativas, que requieren autorización judicial, sin la cual carecen de legitimidad y no podrán hacerse valer como pruebas durante la etapa de juicio.

Durante la etapa de indagación previa o pre procesal es necesario, en muchas ocasiones, la comparecencia de un sospechoso a rendir versión sobre los hechos; empero, muchas veces la realización de tal diligencia no se puede realizar en vista que los sujetos podrían no acudir a los despachos fiscales, por lo que se requiere la extensión de una boleta de prisión con fines investigativos, detención que no podrá extenderse más allá de las veinticuatro horas, y que en todos los casos es una medida excepcional. De su cumplimiento depende el respeto de los derechos y garantías procesales.

Existen otras manifestaciones del debido proceso durante la etapa indagatoria, por ejemplo, en muchos casos las investigaciones requieren la limitación de derechos, como el de sigilo bancario o de confidencialidad del correo o la interceptación de líneas telefónicas e inclusive medios electrónicos de comunicación como correos electrónicos o páginas electrónicas en internet. En estos casos, el debido proceso depende del cumplimiento de formalidades.

CAPÍTULO I

ETAPAS DEL PROCESO PENAL DE ACCIÓN PÚBLICA

1.1. Antecedentes históricos

El debido proceso se originó en el derecho anglosajón, específicamente con la promulgación de la Magna Carta Libertatum, el 15 de junio de 1215 por el rey Juan I de Inglaterra, por medio de este cuerpo normativo se obligaba al monarca del Reino Unido a respetar ciertos parámetros en el juzgamiento de infracciones, limitaba los poderes reales pues obligó al rey a respetar el derecho del pueblo a no ser privado de prerrogativas durante su juzgamiento. El término anglosajón *due process of law* apareció por primera vez en un estatuto interpretativo de la Carta Magna en el año 1354, posteriormente se trasladó al derecho románico-ibérico y republicano, siendo conocido como *debido proceso*. Gracias a la prolífica legislación y al desarrollo jurídico británico prosperó el reconocimiento de garantías procesales en favor de sus propios ciudadanos, y que se reprodujeron en las constituciones del mundo.

1.2. El proceso penal de acción pública: Etapas procesales

El proceso penal se puede definir como:

“(...) el proceso es el fenómeno jurídico mediante el cual, sujetos habilitados para ello, determinan la aplicación del Derecho sustantivo en situaciones concretas en las cuales tal normatividad se ha postulado controvertida o inobservada, recurriendo a procedimientos de acreditación y alegación con miras a la decisión que, de modo vinculante, dictará el órgano jurisdiccional.” (Vázquez Rossi J. 1995, Pág. 15.)

El procedimiento o proceso penal además recibe la siguiente definición:

“(...) una serie gradual, progresiva y concatenada de actos disciplinados en abstracto por el derecho procesal, y cumplidos por órganos públicos y por particulares obligados o autorizados a intervenir, mediante el cual se procura investigar la verdad sobre la acusación de un delito y actuar concretamente la ley penal sustantiva”(Vélez Mariconde, citado por Caffareta Nores J. y otros, 2008, Pág. 108.).

En lo referente al proceso penal ecuatoriano, el Código de Procedimiento Penal determina las etapas del Proceso Penal:

Art. 206.- Etapas.- Por regla general el proceso penal se desarrolla en las etapas siguientes:

1. La Instrucción Fiscal;
2. La Etapa Intermedia;
3. El Juicio; y
4. La Etapa de Impugnación.

Según el criterio de Jorge Zavala Baquerizo (2006) y de conformidad con el artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, la apertura de una fase de investigación previa depende de la voluntad del fiscal que dirige la investigación, el proceso penal propiamente dicho inicia con la Instrucción Fiscal.

La Indagación Previa es una etapa preprocesal, no necesariamente sometida al criterio de jueces, sin embargo se presentan algunas diligencias que requieren de orden judicial, específicamente aquellas que limiten los derechos garantizados en la Constitución de la República y los instrumentos internacionales de derechos humanos.

La Instrucción Fiscal, anteriormente sumario, da inicio al proceso penal. Según la definición de Clariá Olmedo:

“Se denomina instrucción –conforme la corriente moderna- a la primera y preparatoria etapa del proceso penal, cumplida por escrito y con limitada intervención de la defensa, con el objeto de reunir y seleccionar las pruebas sobre el supuesto hecho imputado, suficientes para realizar el juicio sobre la base de una acusación o evitarla mediante el sobreseimiento” (Clariá Olmedo J., cita de Zavala B. J., 2006)

La Instrucción Fiscal encuentra motivación en la fase previa que, aunque en el proceso penal es facultativa, permite determinar elementos sobre la materialidad de la infracción y la autoría del delito, gracias a ellos, el fiscal determinará la necesidad de seguir con el procedimiento y si existe mérito en el caso tanto de una imputación, como en una potencial acusación.

Durante la Instrucción Fiscal, el Ministerio Público ha de recoger otros indicios sobre la infracción que se investiga, con el fin de sustentar adecuadamente la etapa de juicio y conseguir que el procedimiento penal llegue a buen término, tanto en el caso de una virtual condena o si conviene abstenerse de acusar.

La Instrucción Fiscal termina con un dictamen que sustente una acusación o una abstención de acusar, que hace de forma oral en audiencia pública, conforme lo establecido en el artículo 224 del Código de Procedimiento Penal. Sin perjuicio de abordar este aspecto en lo posterior, a continuación se anota los elementos necesarios en el dictamen:

1. La determinación de la infracción acusada, con todas sus circunstancias;
2. Nombres y apellidos del procesado;
3. Los elementos en los que se funda la acusación al procesado. Si fueren varios los procesados, la fundamentación deberá referirse individualmente a cada uno de ellos, describiendo los actos en los que participó en el hecho; y,
4. La disposición legal y constitucional que sanciona el acto por el que acusa.

Durante la etapa de juicio el fiscal debe sustentar su acusación de acuerdo a las normas aplicables a la práctica de la prueba, su fundamento se encuentra en las diligencias o actos procesales necesarios para determinar la materialidad de la infracción y la responsabilidad del imputado. La finalidad de la etapa de juicio es determinar la culpabilidad y condena del acusado o determinar su absolución de culpa.

La última etapa del proceso penal se denomina de impugnación, además de la sentencia existen otras de providencias que se dictan durante el proceso penal de las cuales se ha de recurrir, como por ejemplo del auto de llamamiento a juicio existe el recurso de nulidad, apelación de la sentencia del juicio, y finalmente la casación y la revisión, por citar los más importantes.

1.2.1. La acción penal

La acción penal se ejerce por medio de un representante del Estado, el fiscal, excepto en los casos de delitos de acción privada, en los cuales es facultativa de la víctima de aquellos delitos según lo expresa Levenne R. (1993, Pág. 151.). A pesar de esta consideración teórica, en la práctica la acción penal solo se inicia por los hechos que el fiscal llega a conocer, en muchos casos por intermedio de las personas damnificadas o denunciantes, en otros por hechos que miembros de la fuerza del orden ponen en conocimiento de jueces y fiscales, quienes en algunos casos disponen la detención de los presuntos autores de infracciones sancionadas por la ley.

La interposición de la acción penal no depende únicamente de la existencia de un delito y de su denuncia, muchas veces el sistema penal no alcanza resultados que ayuden a determinar la existencia y responsabilidad de la comisión de un delito, conviene en muchos casos la absolución a la acusación (Levenne R., 1993, Pág. 156.)

La acción penal pública inicia cuando el fiscal competente lo decida, los hechos delictivos llegan a conocimiento del fiscal mediante la noticia criminis, la misma se puede expresar en una denuncia, lo cual se cuenta entre sus facultades, o mediante la comunicación que se le alcanza cuando existe la detención en delito flagrante, ante lo cual el procedimiento, es el de calificar la situación de los detenidos de forma motivada, inmediatamente en una audiencia de flagrancia.

La acción penal además de ser oficial o corresponder a la fiscalía; es pública, corresponde al Estado el ejercicio de sus derechos de sanción, excepto en los casos de delitos de acción privada. Además es pública ya que su objetivo primordial es el de satisfacer un interés común o colectivo, pretende defender a la sociedad y protegerla, se relaciona íntimamente con el poder jurisdiccional del Estado y está por encima de los particulares, en defensa de la sociedad.

Además se dice que la acción penal es irrevocable, ya que cuando inicia no se ha de suspender, interrumpir o cesar sino de conformidad a las disposiciones legales aplicables, es decir, cumpliendo los preceptos legales que para el efecto se han determinado, por ejemplo, una vez iniciada la instrucción fiscal, termina en el tiempo ordenado por la ley y mediante dictamen acusatorio o en su defecto absolutorio-abstención.

La acción penal es obligatoria para la fiscalía, una vez que se han verificado los presupuestos legales para el efecto se debe interponer, es decir es obligación del ministerio público de iniciarla, sin poder excusarse por motivos de oportunidad o conveniencia, debiendo perseguir los delitos que lleguen a su conocimiento, sin poder apartarse del procedimiento ni abandonar recursos; la única forma para detener la acción penal es si los elementos de convicción recabados en las distintas etapas procesales son insuficientes para fundamentar una acusación o el mismo proceso, es decir, es procedente la desestimación, lo cual es una facultad discrecional del fiscal, de alta técnica jurídica y que lo obliga a un proceso mental propio de la actividad del

investigador.

La acción penal es indivisible, es decir, todos quienes han participado de la comisión de un hecho delictivo deberán ser procesados en una misma causa, tanto es así que un dictamen absolutorio puede beneficiar a todos a quienes fueron procesados.

La acción penal es única, no admite pluralidad de concurrencia de varias acciones, ni en su forma alternativa o subsidiaria, como en la doctrina del derecho civil se conceptualiza a lo largo del tiempo, lo cual es inaplicable en el derecho penal en vista que cada delito tiene su propia identidad típica, que contiene una estructura y conducta específica, lo cual impide que el fiscal acuse por la comisión de más de una infracciones, excepto en los casos de concurrencia de delitos y sus reglas propias.

Siguiendo el criterio de (Alsina, citado por Levenne, 1993, Pág. 162), la acción comprende tres elementos: i) sujetos; ii) objeto; y, iii) causa.

Entre los primeros se cuenta a quien pretende hacer valer su derecho, quien es el Estado o el particular afectado, a quien se denomina sujeto activo; por otro lado se encuentra el sujeto pasivo, sobre quien recae el proceso judicial y a quien el Estado procura juzgar y castigar.

El objeto de la acción es la sentencia, la misma que decide sobre la pertinencia de la pretensión y de la aplicación de una pena, de la absolución de culpa a favor del sujeto pasivo; asimismo se pretende hacer valer la institución de la cosa juzgada, aunque en el proceso penal se pudiera presentar el recurso de revisión de forma excepcional.

La causa comprende un hecho contrario al derecho que origina la acción, en el caso del derecho penal ésta se configura en los hechos y antijurídicos.

1.2.2. Instrucción Fiscal

La instrucción o investigación penal como varios autores se han referido a ella, consiste en la realización de diligencias investigativas, con el fin de sustentar adecuadamente la potencial fase de juicio, en la que el fiscal utilizará todo el trabajo de la fase inductiva y con el único fin de determinar la existencia material de una infracción y su responsabilidad.

Por regla general es una etapa relativamente corta, durante este tiempo la participación de otros sujetos procesales ajenos a la fiscalía es muy limitada y quien la dirige íntegramente es el representante del Ministerio Público quien, de manera excepcional puede ordenar la práctica de las diligencias que las partes soliciten, sin estar obligado a ello, aunque siempre ha de cumplir normas de debido proceso.

Por regla general la Instrucción Fiscal debe iniciarse de conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal, empero los delitos flagrantes merecen otro tratamiento, el mismo que se prevé en el tercer inciso del artículo 161 del código mencionado, en todo caso la imputación ha de obedecer los requisitos expuestos en la primera norma citada.

De la adecuada tramitación y sustanciación de la etapa inductiva depende la finalización del proceso penal, este es su fin primordial, del cual se pueden enunciar otros que a criterio de Vásquez Rossi (1995, Pág. 366) son: a) la comprobación del hecho delictivo con todas sus circunstancias constitutivas; y, b) a la individualización de los autores en sus diversos grados de participación. Para el mismo autor existen otras finalidades como las de averiguar o investigar de forma preparatoria el fundamento de la acusación, y darle sustento. En último término la etapa inductiva tiene por objeto verificar la existencia de argumentos fácticos que se conjuguen con los jurídicos en aras de motivar el juicio penal. Además del valor investigativo de la instrucción se destaca, el fin asegurativo, de forma que durante su decurso se pueden

solicitar al juez ordene medidas cautelares que determina el ordenamiento jurídico.

Por otro lado se identifica como uno de los fines de la Instrucción Fiscal, la atribución delictiva, es decir establecer la responsabilidad sobre los hechos que se investigan, concomitantemente con acreditaciones fácticas.

En consecuencia, los objetivos primordiales de la etapa de instrucción, instructiva o investigativa son: i) investigativo; y, ii) asegurativo. Ambos se manifiestan en diligencias investigativas y cautelares.

Durante el desarrollo de la actividad instructora se manifiesta el principio de legalidad, la comprobación de los hechos con relevancia jurídica y penal se hace siempre a la luz de la disposición legal que tipifica uno u otro delito. Durante todo el proceso de investigación los hechos y las diligencias probatorias se confrontan con el Derecho. La comprobación debe sujetarse a los requisitos de cada tipo penal, es decir, la verificación se debe hacer conforme los elementos de cada tipo penal, la contradicción con el ordenamiento jurídico y las circunstancias que lo califican, agravan, atenúen, justifiquen, exculpen o influyan sobre la punibilidad (Vázquez Rossi, Pág. 367). En definitiva, se pretende buscar tanto elementos de objetividad del hecho y su correspondencia a la norma típica como aquellos que permitan definir la imputación en autores, cómplices o encubridores.

1.2.2.1. Características de la Instrucción Fiscal

Las características de la Instrucción Fiscal son las siguientes:

1. Es **discrecional** ya que otorga al fiscal amplias facultades sobre las diligencias probatorias, las puede ordenar de oficio para resolver conforme lo incorporado y sobre la calidad de las personas involucradas.
2. Consiste netamente en una actividad **investigativa** como anteriormente se mencionó, además cabe anotar que la actividad indagatoria debe apegarse

a formalidades legales de validez probatoria.

3. La actuación del agente fiscal se destaca por su **no contrariedad**, a pesar que el fiscal puede ordenar según las peticiones de las partes, impera su criterio y el desarrollo que él ordene.
4. Es predominantemente **escrita**, a pesar de permitirse algunas diligencias que se realizan de forma oral, todas ellas se reducen a escrito mediante actas, versiones, informes, entre otros. No se opone al principio procesal de oralidad en vista que los recaudos investigativos de palabra son reducidos a escrito para ser presentados en audiencia en forma oral. En todos los casos, el procedimiento oral debe encontrar un respaldo material, con el fin de poseer un archivo en el que conste la integralidad del proceso, esto no perjudica la realización de audiencias y diligencias.
5. Es de índole **pública**, a diferencia de la Indagación Previa, se desarrolla bajo amplio escrutinio, inclusive su información puede ser comunicada a toda la población.
6. Es **provisional**, los recaudos en ella recogidos sirven para sustentar una acusación o una abstención de acusar; en consecuencia, y a pesar que los fiscales podrían hacer uso de la fuerza pública para la realización de diligencias de investigación, ninguna de las resoluciones administrativas en ella adoptadas tienen poder vinculante sin que se dicten las correspondientes providencias judiciales, dotadas de ejecutividad.

1.2.3. Etapa Intermedia

La etapa instructiva termina por dos causas (ZAVALA B. J., 2006, Pág. 255): i) por el cumplimiento de todos los actos procesales necesarios para el cumplimiento de la finalidad de la instrucción; y, ii) por vencimiento del plazo que otorga la ley para el efecto.

La legislación adjetiva penal determina el procedimiento que se debe seguir a la finalización de la instrucción. De su simple lectura, la norma establece como requisito la preclusión del tiempo que se otorga para el desarrollo de la

instrucción, aunque también se refiere a un plazo que otorga en la audiencia de formulación de cargos, sin dejar de mencionar la extensión por vinculaciones. El fiscal, de encontrar sustento ha de acusar en Audiencia y solicitar al juez se dicte el correspondiente llamamiento a juicio.

En la audiencia preparatoria del juicio deberá motivar su acusación y en su defecto se abstendría de acusar conforme lo establecido en la legislación adjetiva.

El artículo innumerado (226.1) del CPP determina finalidades alternas de la audiencia preparatoria de juicio.

El código adjetivo penal determina el procedimiento de la audiencia preparatoria de juicio, cuya realización es inexcusable, inclusive por la ausencia del acusado, y se instala bastando la presencia de su abogado patrocinador o de su defensor público. Si el acusado ausente se benefició de caución, ésta será ejecutada. El acusador particular puede comparecer a esta audiencia, por sí solo o por intermedio de su abogado patrocinador, que de ser instituciones públicas imperativamente lo harán, so pena de ser juzgados por responsabilidad penal.

Con los sujetos procesales presentes, se instala la audiencia, el juez que conoce el procedimiento les otorgará la palabra para que se pronuncien sobre la existencia de vicios de procedimiento. Acto seguido se concede la palabra al fiscal quien formula su dictamen fundamentando su motivación. De existir un acusador expone su causa a continuación del representante del Ministerio Público.

Se continuará con la defensa del procesado, quien puede comparecer por sí mismo o a través de su defensor, y alegará respecto del dictamen fiscal. Se le permite solicitar la exclusión de las evidencias que se consideren ilícitas u obtenidas en contra de principios constitucionales o legales, corresponde

enunciar las normas que se han trasgredido. Sin perjuicio de la intervención del defensor, el acusado podrá realizar su exposición.

La norma procesal penal determina que durante la audiencia los sujetos procesales presentan su evidencia documental. Es decir, el fiscal deberá explicar los recaudos de la etapa instructiva que como se mencionó anteriormente es eminentemente escrita o documental.

Al finalizar la audiencia preparatoria de juicio, el juez deberá anunciar de manera verbal su resolución, por intermedio de la secretaría se debe grabar la audiencia y el contenido resolutorio, para el cual el juez ha de tener en cuenta las alegaciones sobre la nulidad procesal, que de estar correctamente sustentadas, deben ser declaradas por el juez, invalidando el proceso. Si no existen violaciones de procedimiento, el juez procede a resolver sobre el fondo. En caso de verificarse que la evidencia obtenida haya sido mal actuada, el juez debe declarar su ineficacia procesal, sin embargo podrá llamar a juicio y el fiscal deberá subsanar la violación en la etapa de juicio, aunque en algunos casos esa declaración puede atentar contra el fundamento de la acusación fiscal.

La audiencia puede ser suspendida con el objeto de resolver sobre el fondo. El auto final de la etapa intermedia puede ser: i) llamamiento a juicio; ii) sobreseimiento provisional del proceso y provisional del imputado; iii) definitivo del proceso y definitivo del imputado; y, iv) provisional del proceso y definitivo del imputado.

Mediante la expedición del llamado a juicio, la etapa intermedia termina y se continúa con la siguiente etapa, el enjuiciamiento penal propiamente dicho.

1.2.4. El juicio

El criterio de algunos tratadistas respecto de la finalidad se define ya que *“Toda la actividad investigativa confluye hacia el debate. Más aún: podemos afirmar que las características del fenómeno proceso se dan, de modo exclusivo, en esta etapa.”* (Vázquez Rossi, 1995, Pág. 399)

El origen etimológico de *“(…) la voz "juicio", del latín iudicio, se emplea en el sentido de una facultad racional que lleva a distinguir lo verdadero de lo falso (…)”* (Vázquez Rossi, 1995, Pág. 401). Aunque es una voz ampliamente utilizada en el idioma castellano, su distinción jurídica es necesaria.

El juicio es oral y público, se inicia mediante el llamamiento a juicio y la acusación fiscal y termina mediante la emisión de la correspondiente sentencia. Su finalidad es presentar las diligencias probatorias conducentes a demostrar la existencia material de la infracción y la responsabilidad sobre los hechos a los que se investiga. No se acostumbra realizar la incorporación de nuevas diligencias probatorias ajenas a las practicadas durante la etapa de instrucción (LEVENNE R., 1993, Pág. 613), por lo general los defensores solicitan la práctica de nuevas diligencias en vista que durante la etapa de recaudo de elementos indagatorios, no tienen la misma libertad, en vista que la investigación la conduce el fiscal, sin obligación de ordenar la práctica de las diligencias solicitadas por la defensa.

Según el criterio de LEVENNE, existe conexidad, y se debe juzgar varias causas en un solo juicio si:

(…) i) si los delitos imputados han sido cometidos simultáneamente por varias personas reunidas; o aunque lo fueren en distinto tiempo o lugar, cuando hubiere mediado acuerdo entre ellas; ii) cuando un delito ha sido cometido para facilitar la comisión de otro, o para procurar al autor o a otra persona su provecho o la impunidad; y, iii) cuando a una

persona se le imputaren varios delitos.(LEVENNE R., 1993, Pág. 618)

El juicio se lleva a cabo mediante audiencia oral y pública de juzgamiento. El titular del Tribunal de Garantías Penales verifica la presencia de los sujetos procesales e instala la audiencia. Los sujetos procesales iniciarán el debate, realizando sus exposiciones iniciales. Interviene en primer lugar el fiscal, posteriormente el acusador particular y por último los miembros de la defensa. Inmediatamente después de las exposiciones iniciales, se ordenará la recepción de la prueba, ante lo cual el fiscal sustentará la acusación y posteriormente la defensa practicará las diligencias que haya solicitado previamente. El Presidente del Tribunal podrá realizar preguntas a los testigos y peritos que se presenten a declarar en la audiencia de juzgamiento con el fin de aclarar los interrogatorios, asimismo debe calificar cada una de las preguntas de los sujetos procesales, con el objeto que no se formulen preguntas capciosas, impertinentes o sugestivas.

La etapa de juicio quedará insubsistente si se demuestra (LEVENNE R., 1993, Pág. 618): i) la inimputabilidad del acusado; ii) la extinción de la acción penal; iii) la exención de pena debido a la aplicación de una norma penal más benigna; y, iv) la existencia de una excusa absolutoria.

Aunque nuestra legislación dispone que la audiencia solo se suspenderá para la deliberación del Tribunal, existen causas por las que se debe interrumpir su continuidad (LEVENNE R., 1993, Pág. 619): i) que se deba resolver alguna cuestión incidental; ii) cuando haya que practicar algún acto fuera del lugar de la audiencia; iii) cuando medie enfermedad de alguna de las partes; iv) cuando no se pueda seguir sin la comparecencia de algún testigo, perito o intérprete; v) cuando alguna revelación o retractación inesperada produjere alteraciones sustanciales en la causa.

La principal actividad de la etapa de juicio es la presentación de pruebas de entre las cuales se destacan varias categorías de prueba penal (CAFFARETA

N., 2008, Pág. 363.): i) medios generales; ii) medios auxiliares; y, iii) medios extraordinarios.

A su vez los medios generales son los siguientes (CAFFARETA N., 2008, Pág. 363.): i) prueba pericial; ii) testimonial; iii) reconocimiento de personas y de cosas; iv) documental; v) inspección judicial; vi) testimonio del imputado; vii) reconstrucción del hecho; viii) careo; ix) informes; x) traducción e interpretación; y, xi) indicios y presunciones.

Son medios auxiliares los siguientes (CAFFARETA N., 2008, Pág. 363.): i) registro; ii) allanamiento; iii) requisita personal; iv) interceptación de correspondencia; e, v) intervención de comunicaciones.

Los medios extraordinarios de prueba se enumeran a continuación: i) justificación y límites constitucionales; ii) el agente encubierto; el “arrepentido”; testigo de identidad protegida; y, iii) eficacia y riesgos.

Una vez que la recepción de la prueba finalizó, el Presidente del Tribunal otorga la palabra a los sujetos procesales con el fin de que emitan su alegato en derecho (LEVENNE, 1993, Pág. 623). A estas intervenciones le sucederá una réplica de todos los sujetos procesales, la misma que tiene por objeto controvertir la motivación expuesta en las alegaciones en derecho, además refutar los argumentos adversos que anteriormente no han sido objeto del debate.

Concluida la audiencia de juzgamiento, el Presidente del Tribunal de Garantías Penales ordenará un receso para la deliberación de este organismo sobre el contenido de la audiencia, volverá a instalarla con el fin de resolver la etapa. La sentencia podrá ser notificada en los días posteriores, respetando los plazos estipulados para el efecto.

Alcalá Zamora y Castillo define a la sentencia como: *“la declaración de voluntad del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso”*(Cita de LEVENNE, 1993, Pág. 634).

Además Caffareta la define como:

La sentencia es el acto de voluntad razonado del tribunal de juicio, emitido luego del debate oral y público, que habiendo asegurado la defensa material del acusado, recibido las pruebas ofrecidas con la presencia continua de las partes, sus defensores y el fiscal, y escuchado los alegatos de estos últimos, resuelve imparcial, fundadamente y en forma definitiva, sobre el fundamento de la acusación y las demás cuestiones que hayan sido objeto del juicio, condenando, o absolviendo al acusado (CAFFARETA, 2008, Pág. 708.)

Los tratadistas diferencian los siguientes tipos de sentencia (LEVENNE, 1993, Pág. 634): i) condenatorias o de condena; ii) absolutorias; iii) constitutivas (que crean un nuevo estado jurídico); y, iv) declarativas (reconocen la existencia de un derecho o de un hecho).

Cuando la sentencia se ha ejecutoriado da lugar a la institución de la cosa juzgada, que salvo la concesión del recurso de revisión, no ha de modificarse. Impide la realización de un segundo proceso por los mismos hechos y en contra de los mismos acusados.

El Código de Procedimiento Penal determina los requisitos de la sentencia del Tribunal de Garantías Penales, que son los siguientes: i) la designación del tribunal, el lugar y la fecha en que se dicta, los datos de identificación del acusado; ii) enunciación de las diligencias probatorias que se han practicado en el juicio, la relación del hecho que se juzga y los actos que según el criterio del tribunal se consideran probados; iii) la decisión de los jueces, con la correspondiente enunciación de los argumentos de hecho y de derecho; iv) la resolución, en la que debe invocarse las normas jurídicas aplicadas; v) condena a pagar daños y perjuicios; vi) calificación de mala actuación del fiscal, de haberla; y, vii) la suscripción de los jueces.

Según el criterio de LEVENNE, la sentencia debe observar algunas normas de deliberación, entre las cuales se cuentan las siguientes:

(...) i) resolverá las cuestiones incidentales; ii) las relativas al hecho delictuoso, con discriminación de las circunstancias jurídicamente relevantes, participación del imputado, calificación legal, sanción aplicable, restitución, reparación, o indemnización más demandas y costas; iii) las cuestiones planteadas serán resueltas por mayoría de votos, valorándose las pruebas recibidas y los actos de debate conforme a las reglas de la sana crítica; iv) en caso de duda se aplicará el *"in dubio pro reo"*; v) si hubiere dos opiniones distintas sobre las sanciones que corresponda se aplicará el término medio; vi) la sentencia contendrá lugar y fecha en que se dicta, la mención del tribunal que la pronuncia, el nombre y apellido del fiscal y de las otras partes, las condiciones personales del imputado, y los datos que sirvan para identificarlo, la enunciación del hecho y las circunstancias que hayan sido materia de acusación, la exposición sucinta de los motivos de hecho y de derecho en que se fundamente, las disposiciones legales que se apliquen, la parte dispositiva y la firma de los jueces, y del secretario.

1.2.5. Etapa de Impugnación

La impugnación es un remedio que los sujetos procesales pretenden conseguir, sobre una resolución judicial que a su criterio ha sido incorrectamente dictada. Al respecto Clariá Olmedo determina que: (...) *"cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido, hacen valer un poder de impugnación que automáticamente les concede la ley procesal"*(Cita de Vázquez, 1995, Pág. 461.)

Los recursos reciben la siguiente definición de Beling: “(...) son *remedios legales mediante los cuales la persona afectada por una decisión judicial puede impugnarla como equivocada*”(Cita de LEVENNE, 1993, Pág. 653.)

Se anota también la definición que ha dado Ibáñez Frocham: “*el recurso es el medio procesal por el cual quien considere agraviados sus intereses por una resolución judicial, y sea parte en el juicio o sin serlo tenga personería legal, puede intentar la reparación del error o del defecto que lo agravia*”(Cita de LEVENNE, 1993, Pág. 653.).

La finalidad de la etapa de impugnación ha sido tratada por doctrinarios italianos (Carnelutti, Calamandrei, citados por Vázquez R., 1995, Pág. 462.), quienes sostienen que:

(...) la cuestión impugnativa se relaciona con modos de fiscalización, tendiendo, en definitiva, a establecer métodos de contralor del decisorio jurisdiccional y a evitar, dentro de lo posible y según las condiciones legales, los excesos discrecionales, la arbitrariedad, el error o la injusticia.

Sobre la impugnación se enuncian las siguientes características(Vázquez R., 1995, Pág. 462): i) los recursos permiten subsanar errores y permitir al tribunal que lo conoce el ejercicio del control de legalidad; ii) corresponden a los sujetos procesales legitimados en el proceso; iii) pretenden la reparación de un interés lesionado; iv) se dirigen en contra de una providencia o decisión judicial determinada; v) se dirige a su revisión y modificación en el sentido más apegado a la justicia y la ley; vi) su conocimiento en algunos casos le corresponde al mismo órgano que emitió la providencia impugnada, y en otros a uno de grado superior; vii) se regulan en la legislación adjetiva, tanto en sus requisitos como en su taxativa enumeración; y, viii) es discrecional o facultativa del recurrente.

La legislación procesal penal otorga a los sujetos procesales los siguientes recursos: i) de nulidad; ii) de apelación, iii) de casación; iv) de revisión; y, v) de hecho.

Según el criterio de Levenne (1993, Pág. 654), los recursos se dividen en: i) ordinarios: apelación, nulidad, ampliación y aclaración; y, ii) extraordinarios: revisión y casación.

El recurso de nulidad se propone cuando se configura uno o más de las causales que se enumeran en la ley adjetiva: i) falta de competencia del juez o tribunal de garantías penales; ii) que la sentencia no recoja los requisitos anteriormente analizados y enumerados en el artículo 309 del CPP; y, iii) que en la sustanciación se haya violado el trámite previsto en la ley, siempre que ésta haya influido en la decisión de la causa.

Para la presentación del recurso de nulidad se dispone del término legal de tres días, y se propone en contra de: i) la sentencia; y, ii) del auto que pone fin a la etapa intermedia o auto de llamamiento a juicio. Su conocimiento corresponde al tribunal inmediatamente superior al que emitió la providencia. En la tramitación del recurso se debe convocar a una audiencia luego de la cual el tribunal ha de resolver.

El recurso de apelación consiste en la revisión de la actuación del inferior en base a los hechos y al derecho. Procede en contra de: i) autos de nulidad; ii) de prescripción de la acción; iii) de sobreseimiento; iv) de inhibición por causa de incompetencia; v) de las sentencias dictadas en proceso simplificado, proceso abreviado y las que declaren la culpabilidad o confirmen la inocencia del acusado; vi) del auto que concede o niega la prisión preventiva.

Así como la nulidad, la apelación se debe presentar en los tres días posteriores a la notificación de la providencia contra la cual se propone. Asimismo, se resuelve posteriormente a la realización de una audiencia.

El recurso de casación se propone conforme lo dispuesto en el artículo 349 del CPP. Solamente en contra de la sentencia que pone fin a la etapa de juicio, en caso que ésta se haya dictado en clara violación de la ley, en los siguientes casos: i) contravención expresa de su texto; ii) indebida aplicación; o, iii) errónea interpretación.

Se debe solicitar para ante la Corte Nacional de Justicia en el término de tres días de notificada. Se fundamenta en audiencia pública de conformidad con los artículos 352 y 345 del CPP.

El recurso extraordinario de revisión se propone en contra de sentencias ejecutoriadas, es propio y exclusivo del proceso penal, va en contra de la institución de la cosa juzgada ya que, se motiva sobre hechos que no se han tomado en cuenta en la fase de juicio y que se han descubierto con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia. Las causas que lo motivan son las siguientes: i) si se comprueba que la persona que se creía muerta sigue existiendo; ii) si existen varias sentencias condenatorias en contra de algunas personas, por los mismos hechos; iii) si la sentencia fue dictada en virtud de documentos, testigos o informes periciales falsos; iv) cuando se demuestre que el condenado no es responsable por el delito por el que se lo sentenció; v) cuando una ley posterior sea más benigna; y, vi) cuando no se hubiere verificado conforme a derecho, la existencia del delito al que se refiere la sentencia.

Se debe proponer por escrito ante el Tribunal de Garantías Penales que conoció el proceso y para ante la Corte Nacional de Justicia, con su correspondiente fundamentación y propuesta de prueba. Se sustanciará en una audiencia, después de la cual se ha de emitir la sentencia. No existe término para su presentación, ya que recurre de sentencias ejecutoriadas.

Por último, el recurso de hecho, que se presenta cuando el juez o tribunal ha negado la proveer uno de los recursos anteriormente mencionados. Se

propone en el término de tres días posteriores a la notificación de la providencia que negó el recurso. Lo conoce el Tribunal superior competente, quien en el término de ocho días, después de remitido, debe resolverlo.

De manera adicional se deben mencionar las peticiones de aclaración y ampliación, que si bien no buscan alterar el sentido de las providencias judiciales, son considerados recursos horizontales. La primera tiene por objeto esclarecer el contenido de la resolución cuando de su lectura se encuentra pasajes oscuros o ininteligibles. El segundo de ellos cuando la sentencia no ha resuelto sobre alguno de los puntos sobre los que se trabó la litis.

CAPÍTULO II LOS SUJETOS PROCESALES

2.1. Breve introducción

Las partes que intervienen en el proceso penal por regla general son personas naturales, aunque en los procedimientos de acción pública, interviene el Estado, que se caracteriza por ser una persona jurídica, quien es representado por la Fiscalía General del Estado y la Procuraduría General del Estado, dependiendo el caso. Existe además otro representante estatal, quien participa del proceso, el juez.

En definitiva, (...) *“los actos son ejecutados por sujetos, es decir, por personas concretas que intervienen dando vida y realidad a las prescripciones normativas y que por ellas se encuentran legitimadas para realizar”*(VASQUEZ, R., 1995, Pág. 61.)

Se deben distinguir entre sujetos procesales necesarios y otros eventuales. Entre los primeros se ubican al fiscal, a quien le corresponde la facultad de acusar; el juzgador, quien tiene la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; y los imputados y la defensa, a quien le corresponde el derecho de ejercer el patrocinio.

Según el criterio de Vásquez entre los sujetos eventuales se ubican a personas cuya presencia no es imperativa en el proceso, en dos ámbitos: i) encargados de la ejecución procedimental, por ejemplo, los secretarios judiciales y amanuenses, funcionarios de la fiscalía; y, ii) quienes ejercen la pretensión punitiva, o acusador particular.

De entre los sujetos procesales se distinguen a las partes procesales, quienes demuestran un determinado interés en el juicio, y de ellos depende su

dinámica, a diferencia del órgano jurisdiccional que demuestra imparcialidad absoluta, como deber fundamental.

Las partes procesales demuestran una determinada necesidad y finalidad con su participación en el procedimiento penal. La misma definición del término demuestra una determinada parcialidad. El fiscal busca, con su acusación, la aplicación de la ley penal y de sanciones ejemplares; el defensor, mediante su actuación busca demostrar la inocencia del imputado, o en su defecto el cumplimiento de un juicio apegado a los principios procesales básicos; por otro lado se encuentra el acusador particular, quien además de compartir los intereses del fiscal, busca que se le repare el daño sufrido.

Se deben distinguir otras clasificaciones de partes procesales, en el sentido material y en el procesal o formal. Entre los primeros se distinguen al imputado y al ofendido, quienes tienen participación directa en la materia del juicio. Entre los segundos cabe identificar tanto al acusador y al juez, quienes sin tener participación directa sobre los hechos investigados, participan únicamente en el proceso y de acuerdo a las normas establecidas por el régimen jurídico.

2.2. Sujetos acusadores

En el proceso penal que se rige por el principio acusatorio que se instauró en el año dos mil con la promulgación del Código de Procedimiento Penal, que entra en vigencia completamente a partir del dos mil uno, que contiene una reforma procesal penal, existe la necesidad de sujetos procesales facultados a proponer una acusación.

En el proceso penal de acción pública, a diferencia del proceso de acción particular, el acusador y el juzgador están claramente separados en dos personas. Empero en el proceso particular, si bien no existe fiscal, el juez no está facultado a interponer una acusación, esta facultad es privativa del querellante. Adicionalmente cabe mencionar que en procedimientos inquisitivos

como el anteriormente vigente en nuestro país, el juez tiene amplias facultades sobre la investigación y además realiza sus actividades jurisdiccionales, es decir está investido de amplias facultades procesales.

Entre los sujetos acusadores se encuentran el Ministerio Público y el acusador particular.

2.2.1. Fiscalía General del Estado

Es la entidad estatal que se encarga de la persecución penal, de dirigir la investigación criminal. Según el criterio de Cafferata (2008, Pág. 269) debe:

“(…) intentar y lograr, si según el derecho (constitucional, penal, procesal) corresponde, el reconocimiento, por parte de los tribunales jurisdiccionales competentes, de la existencia del poder penal (la potestad represiva) del Estado en un caso concreto, y la imposición de la sanción que corresponda al culpable”.

A pesar de ser esa la finalidad de la actuación del fiscal, si su gestión no arroja los resultados adecuados para sustentar una acusación, deberá concluir a favor del acusado.

El interés del fiscal se manifiesta en la protección de la sociedad y defender a los ciudadanos ante la justicia, es representar el interés de todos o por lo menos de la mayoría, de salvaguardar la seguridad de la población.

El fiscal, en el ejercicio de sus funciones como agente estatal, realiza sus actividades con independencia de los otros sujetos procesales, de los poderes estatales, de sus instituciones y representantes; y, está llamado a realizar investigaciones apegadas a los principios del debido proceso, a las garantías constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Sus actos, a pesar de depender en muchas ocasiones del criterio de los jueces para concretarse, son independientes de los organismos judiciales. El Ministerio Público posee autonomía financiera y funcional, si bien se ubica en la organización sistémica de la Función Judicial, es necesario recalcar que sus potestades se ejercerán de conformidad con la ley y nunca discrecionalmente o subordinados a las decisiones de las más altas autoridades judiciales.

Además de autónomo e independiente, el Ministerio Público o Fiscalía General del Estado ha de ser objetivo, esta característica se manifiesta en el respeto del fiscal por los derechos al debido proceso del acusado, lo cual le permite ejercer su defensa de acuerdo a los principios procesales universales, procura el esclarecimiento de la verdad (Cafferata, 2008, Pág. 273). Esta actividad es su principal objetivo, en cumplimiento de los principios legales y jurídicos, siempre obedeciendo su propio criterio y sin responder a presiones externas de ningún tipo.

El principio de objetividad se manifiesta además en las normas procesales que permiten al fiscal ordenar el archivo de las denuncias, el sobreseimiento, el desistimiento o el requerimiento de la absolución del acusado.

Según el criterio de Cafferata (2008, Pág. 274):

La idea de objetividad se refuerza con disposiciones procesales que establecen su imposibilidad de actuar en algún caso concreto si lo comprendiera respecto de cualquiera de los interesados, alguna causal de inhibición o recusación.

Las actuaciones del Ministerio Público se entienden como únicas, además la dependencia jerárquica es otro principio jurídico que afecta a cada uno de sus representantes. Es decir, todas las diligencias que ordenan los representantes de la fiscalía se entienden como emanadas de una misma institución y tienen la misma validez jurídica, empero, como todas las instituciones que representan el poder público, las decisiones de los funcionarios de mayor grado han de

primar sobre las de inferior posición, y tendrán plena capacidad para determinar los criterios de investigación.

Las funciones de la fiscalía nacen de la ley, como toda institución pública ha de respetar las normas y no realizará actividades que no estén expresadas en la ley.

La principal atribución de los representantes de la fiscalía es practicar la investigación o dirigirla, determinar el inicio de la indagación previa o de la instrucción fiscal, con el único fin de alcanzar elementos que le permitan concluir sobre la verdad de los hechos. Muchas veces este fin se manifiesta en la acusación fiscal y en el desarrollo del proceso penal, hasta su conclusión con una sentencia condenatoria e inclusive en los casos del desistimiento, de la abstención de acusar, entre otras posibilidades procesales.

La facultad investigativa del Ministerio Público se manifiesta en otras atribuciones, entre las que se cuentan:

1. Practicar y hacer practicar a cargo de sus funcionarios las diligencias probatorias.
2. Realizar actos definitivos e irreproducible (Cafferata, 2008, Pág. 277.), con intervención de la defensa, ejecutando el principio de inmediación.
3. Realizar actos procesales con autorización del órgano jurisdiccional competente, entre las que se cuentan el allanamiento de domicilio, intervención de correspondencia y telecomunicaciones.

Existen otras atribuciones, denominadas coercitivas, por las cuales el fiscal, en ejercicio de sus facultades como representante de la Función Pública y del poder estatal tiene la posibilidad de ordenar, entre las que se cuentan las siguientes:

1. Solicitar a la Policía Nacional el empleo de la Fuerza Pública, con el fin de realizar las correspondientes diligencias investigativas, si es que su práctica se ha dificultado.
2. Requerir al órgano jurisdiccional la citación al imputado.
3. Demandar al juez la privación de libertad, de creerlo conveniente.
4. Procurar la liberación del acusado en los casos en que corresponda,
5. Solicitar al juez la ratificación de detenciones en delitos flagrantes.
6. Solicitar al juez la orden de prisión preventiva y su modificación.

Las actuaciones del Ministerio Público siempre se sujetan a las normas adjetivas aplicables, en caso de atentaciones en su contra, los jueces determinarán la medida y pueden revocar tales acciones procesales e inclusive declarar la nulidad de lo actuado en las investigaciones y procedimientos penales.

Además de esas limitaciones, el fiscal deberá pedir autorización al juzgador en los casos en que cualquier derecho de las partes se vea afectado. Siempre existe la posibilidad que las partes se opongan a tal limitación de facultades, por lo que se garantiza la legitimidad procesal.

2.2.2. Acusador Particular

Vásquez define al acusador particular como la parte procesal que (...) “se presenta en el proceso postulando su condición de víctima de una acción delictiva y ejerce una pretensión punitiva *contra el imputado*.”(Vásquez R., 1995, Pág. 71).

Cafferata (2008, Pág. 283) da una definición más simple de “*víctima del delito es la persona que ha sido perjudicada directamente por su comisión (o sus herederos en caso de muerte)*.”

El mismo autor (2008, Pág. 290) define al querellante o acusador particular como:

El querellante particular es la víctima de un delito de acción pública que interviene facultativamente en el proceso penal, para acreditar la existencia de ese hecho delictuoso y la responsabilidad penal del imputado, y lograr la condena penal de los partícipes.

Como anteriormente se mencionó en el presente estudio, el acusador particular se presenta como sujeto procesal material y formal. Su participación como sujeto pasivo del delito penal le permite actuar con los fines de acusar y que se repare el daño causado.

La participación procesal del acusador particular busca, al igual que el fiscal o representante del Ministerio Público la verificación de la existencia material de un hecho punible, la participación y responsabilidad de los implicados, en las calidades de autor, cómplice, encubridora y testafarro; y una valoración de la afectación sufrida por la víctima.

Además de las capacidades y finalidades que se expusieron anteriormente, el acusador particular puede recurrir de las decisiones judiciales que le afecten según criterio de Cafferata (2008, Pág. 283).

2.3. El imputado

Constituye el sujeto a quien se le atribuye la comisión de un hecho punible de oficio o hecho delictivo. Es un sujeto físico, hacia quien se proyecta la acción penal y a favor o en contra de quien recae la decisión o declaración de responsabilidad sobre la causa o proceso.

Es el centro del proceso penal y en contra de quien se dirige la acción, alrededor de quien se elaboran las actuaciones procesales, y el respeto de las garantías constitucionales y procesales.

Durante el proceso penal, se coloca al acusado en una compleja situación jurídica, ante él se encuentra el poder estatal a través de sus representantes el acusador y el juzgador. Por un lado se encuentra a la Función Judicial, al Ministerio Público, la Policía y todo el aparato de justicia; por otro el acusado o imputado, quien se tiene que enfrentar a todo el sistema estatal, aunque el Estado tiene la obligación constitucional de proveerle un defensor público.

El proceso se concentra ante él, con el objeto de realizar la concreción de la norma jurídica en contra de quien la desobedeció, asimismo se busca la realización de la justicia mediante la comprobación de la noticia del hecho delictivo, se realizan las averiguaciones sobre el mismo y sobre los extremos fácticos y jurídicos de su responsabilidad penal; con el único fin de aplicarle la sanción pertinente, acción que, doctrinariamente se entiende como la consecución del Estado de la restauración del ordenamiento jurídico vigente.

Por lo tanto, “(...) *por imputado debe entenderse al sujeto penalmente accionado.* (Vásquez, 1995, Pág. 72).

A lo largo de la historia se ha denominado al imputado con distintas voces, comúnmente se le ha llamado reo, encartado, justiciable o procesado.

El imputado, se mantiene en esa calidad durante la realización de las diligencias investigativas, de los actos procesales de juzgamiento, de impugnación y hasta su absolución, cuando pierde tal calidad; o en su defecto hasta la declaratoria de su culpabilidad, momento en el que se convierte en condenado.

A favor del imputado se ha desarrollado un sistema de garantías, que se han consignado a nivel constitucional. Entre ellos se han contado por ejemplo, a no ser coaccionado para conseguir una inculpación, debe ser escuchado y está facultado a ofrecer prueba a su favor, entre sus derechos y garantías más destacadas.

Aunque el derecho básico del que se asiste el acusado es a no encontrar sometido a actividad oficial abusiva. Lo cual no solo comprende la esfera de lo actuado dentro del proceso penal que corresponda, consiste además en el derecho de todo ciudadano a no recibir abusos por parte de los representantes de la autoridad pública, por ejemplo de la Policía o de la Fiscalía; los primeros, en su actuación deben respetar las normas procesales de garantías entre las cuales se ubica la regla o garantía Miranda; (Miranda vs. Arizona, 1966,) los segundos, en el desarrollo de su investigación deben obtener pruebas de conformidad con la ley y cuando ésta manda con la autorización de los organismos judiciales.

Si bien durante el decurso del proceso se busca la determinación de la responsabilidad del acusado, el sistema de garantías constitucionales pretende la simetría entre actor y accionado, a pesar de que tal realización no siempre se consigue, en vista de la posición mayormente ventajosa a favor del Estado; aunque las garantías constitucionales buscan la efectivización de tal fin.

Si bien existen muchos momentos procesales, la imputación efectivamente se la realiza con la apertura de la instrucción fiscal, desde ese momento y en adelante existe en el proceso un imputado. Durante la realización de la etapa indagatoria previa pueden no existir elementos de convicción que permitan la imputación en contra de un determinado sujeto. Empero, los derechos que se le atribuyen a los imputados pueden ser ejercidos por cualquier persona que se vea o pudiera verse afectada por el ejercicio de los poderes estatales.

Aunque, con la detención en delito flagrante se presenta la posibilidad de procesar casi inmediatamente al privado de la libertad, imputándole mediante una audiencia de calificación de flagrancia, esto no se considera suficiente para la imputación.

Por otro lado, mediante la solicitud que hace el fiscal al juez para que señale una audiencia de formulación de cargos se realiza efectivamente la imputación,

la misma que durante el desarrollo de la etapa de instrucción servirá para realizar la acusación final.

La calidad de imputado se mantiene durante la instrucción fiscal y hasta el final de ésta, cuando con la audiencia de formulación de dictamen el fiscal acusa o se abstiene de ello. En lo posterior, y en el primer caso, el sujeto pasivo o accionado penal adquiere la calidad de acusado, la misma que mantendrá durante la etapa de juicio y hasta el final de esta. En efecto, se deja de ser imputado cuando se ha sido condenado o absuelto.

Según el criterio de Vásquez (1995, Pág. 79):

(...) el hecho de la muerte del accionado o su inimputabilidad sobreviniente, la prescripción, la amnistía o la derogación de la figura sustantiva cuya comisión se atribuye, serán elementos que el órgano jurisdiccional deberá inexcusablemente tomar en cuenta para la definitiva desincriminación, pero ello ocurrirá mediante el dictado del sobreseimiento.

A favor del imputado o acusado, dependiendo del momento procesal existen diversos derechos, los mismos que serán analizados particularmente en el posterior desarrollo del presente estudio, sin perjuicio de aquello se anotan los siguientes:

1. Nadie puede ser juzgado por una conducta que no es subsumible dentro de una descripción genérica determinada con anterioridad por una ley penal vigente.
2. La investigación y el juzgamiento se deben hacer por autoridades competentes de acuerdo a los grados y a la materia.
3. No se admite más de un proceso por el mismo hecho.
4. Se presume la inocencia de los imputados hasta la efectiva sentencia condenatoria.

5. Tiene derecho a que se le informe, en su idioma, sobre la iniciación de los procesos penales en su contra.
6. Tener la posibilidad de acceder al fiscal y a los jueces que conocen el proceso con el fin de ser escuchado, así como a ofrecer prueba en el proceso.
7. Contar con la asistencia de un abogado durante el desarrollo de todo el proceso, derecho que para el Estado implica la obligación de proveer de un defensor de oficio.
8. No ser sometido a medidas cautelares que atenten contra sus derechos civiles, o que se vayan más allá de los estrictamente necesarios en la sustanciación del proceso.
9. El procedimiento penal tiene que realizarse con la celeridad necesaria y el juzgamiento debe ser público.
10. Tener la posibilidad de recurrir de las decisiones que considere atentarorias.

Además de las nociones anteriormente anotadas, es necesario manifestar que el imputado o acusado debe estar plenamente identificado, con el fin de determinar la duplicidad de juzgamientos o inclusive la reincidencia.

Cabe destacar que la calificación del acusado, además de su identificación, debe realizarse analizando la calificación de su imputabilidad de conformidad con la ley.

Durante la etapa de juicio es obligatoria la presencia del acusado, primordialmente por el ejercicio de su derecho a acceder a la justicia y a ser oído, e inclusive por el principio procesal de inmediación, que por esencia obliga al juez a poner al acusado en comunicación directa.

2.4. El defensor

Según la definición de Vásquez (1995, Pág. 85) *“es el sujeto que actúa dentro del proceso penal asistiendo y representando al imputado y actuando en función de los intereses de éste”*.

El objetivo del defensor es procurar la absolución de su cliente, o en su defecto la levedad de la sanción, así como garantizar las mejores garantías en el desarrollo de la investigación.

Con la presencia de la defensa se garantiza el principio de contradicción, en consecuencia, es indispensable contar con el ejercicio de la defensa, es por esto que su presencia es una obligación, y sin ella el juzgamiento penal no se ha de desarrollar.

Según el criterio de algunos tratadistas se distinguen dos tipos de defensa: a) material; y, b) técnica. La primera la realiza el propio acusado ya que es él quien conoce las circunstancias fácticas efectivas del hecho que se juzga; y, la segunda la realiza el abogado defensor, quien por su formación profesional en el derecho, conoce las formas y procedimientos jurídicos.

La designación del defensor se puede hacer durante todo el proceso, a cargo del acusado, quien puede seleccionar al profesional que le auspicie; caso contrario el Estado designará un defensor de oficio, quien está obligado a apoyar el proceso.

Corresponde al defensor asesorar al acusado tanto en los aspectos generales de su juzgamiento y con mayor énfasis en la realización de procedimientos técnico jurídico que sólo un abogado conoce.

El defensor está a cargo de la estrategia de la defensa y de cada una de las tácticas. Es necesario que su formación profesional contenga estos elementos,

ya que sin ellos, la defensa se caracteriza por la improvisación y por el desorden. Es necesario que tal planificación se haga en consideración a la forma en que los hechos se han realizado.

El defensor puede ser particular o de confianza, o de oficio. Ambos mantienen los mismos fines, aunque el primero siempre tiene mayor participación en el procedimiento y en vista que es directamente contratado por el acusado, por otro lado el defensor de oficio asiste al proceso en ausencia del primero y como cumplimiento de la obligación del Estado y de los principios procesales y de debido proceso que se encuentran universalmente en todas las legislaciones del mundo.

2.5. El juzgador

El ejercicio de la jurisdicción se rige de conformidad con el Código Orgánico de la Función Judicial; y, quienes son competentes, son los encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, además son los encargados de la ejecución de las garantías constitucionales y penales.

Según Cafferata (2008, Pág. 247), quien da la siguiente definición:

El juez penal es el sujeto designado de acuerdo a los procedimientos constitucionales, para ocupar un cargo de tal en un tribunal previamente instituido por la ley para juzgar una (cierta) categoría de ilícitos o de personas, que ejercita el poder jurisdiccional en un proceso concreto que conduce, controlando que se respeten los derechos individuales y decidiendo, de modo provisional o definitivo, sobre la existencia del hecho que se atribuye al acusado y su participación punible.

En el pasado los jueces se encargaban de dirigir la investigación y del juzgamiento de las causas, actualmente, sólo de lo último.

El órgano juzgador debe ser imparcial, lo cual implica *“no ser parte, es decir, en ser un tercero frente a ellas, ajeno a sus intereses, y libre de prejuicios (sea a favor o en contra sobre los hechos que debe juzgar y sus protagonistas)”* (Cafferata, 2008, Pág. 251).

La imparcialidad es distinta de la independencia, ésta última implica que el juzgador sea ajeno a toda influencia política, por parte otros actores de los poderes del Estado e inclusive de personas ajenas a la cosa pública que ejercen influencia política.

Los juzgadores, en el procedimiento penal ecuatoriano, son principalmente dos: el juez que conoce la etapa intermedia y la audiencia preparatoria de juicio, por un lado, y el tribunal de garantías ante quien se sustancia el juicio propiamente dicho.

Además de estos juzgadores, se encuentran otros, como por ejemplo las salas de las cortes provinciales, quienes conocen las apelaciones de las decisiones del juez de la etapa intermedia. Por otro lado, se encuentran las salas de la Corte Nacional de Justicia quienes conocen los recursos de casación, revisión y de hecho de las sentencias, y cuando se trata de fuero las apelaciones e inclusive nulidades.

CAPÍTULO III

INDAGACIÓN PREVIA Y DEBIDO PROCESO

3. 1. Indagación Previa

Como se enunció en los capítulos anteriores, la indagación previa consiste en una etapa pre procesal, no indispensable en la sustanciación del proceso penal. Su apertura y desarrollo dependen directamente de la voluntad del fiscal, quien en muchas ocasiones carece de elementos de imputación en contra de los implicados en los actos delictivos que se investigan.

Las disposiciones de carácter procesal penal establecen la posibilidad de que las actuaciones investigativas que puedan violentar derechos personales y personalísimos se realicen con permiso judicial; es decir, se aplican las mismas reglas que en la instrucción fiscal o en diligencias preparatorias o previas tales como lo dispuesto en el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal o los anticipos de prueba.

El plazo para la duración de la indagación previa es de un año, si cumplido este plazo, el fiscal no encuentra elementos que le permitan deducir una imputación en contra del sujeto activo de la infracción penal, él la debe cerrar. Así consta en el tercer inciso del artículo 215 del CPP.

En caso que, de las investigaciones finales en la etapa indagatoria se determinen elementos que permitan al fiscal imputar la responsabilidad penal, en contra de autores, cómplices y encubridores, él deberá iniciar la instrucción fiscal, aunque el plazo descrito en el párrafo anterior haya fenecido.

Por otro lado, los resultados de la indagación previa son de carácter reservado, los terceros no las pueden conocer; es decir, el fiscal y los implicados como el denunciante o afectado, e inclusive quienes potencialmente puedan ser acusados, todos ellos pueden tener acceso al contenido de los expedientes y a

la realización de las diligencias. Sin embargo, en la práctica y en el desenvolvimiento de la etapa en procesos investigativos en la fiscalía, en muchos casos no se permite el acceso o lectura de los expedientes, en otros tan solo se permite su revisión, pero generalmente no se permite la reproducción de sus documentos.

3.1.1. Atribuciones del fiscal durante la etapa indagatoria

Aunque, el código procesal penal no establece facultades, potestades o actividades obligatorias durante el decurso de la indagación previa, sí dispone de forma general algunas atribuciones que el fiscal posee, las cuales se enumeran en el artículo 216 del código mencionado. Entre las más importantes, que pueden ser ejercidas durante la etapa indagatoria, se encuentran las siguientes:

1. Recibir denuncias

Aunque en la práctica, los fiscales en pocas ocasiones reciben denuncias, esta actividad se encuentra entre sus facultades. Habitualmente, las denuncias son recibidas por funcionarios públicos con actividades administrativas. En otras ocasiones las denuncias son presentadas ante agentes de la policía judicial.

En todo caso, cuando la denuncia se comienza a tramitar y se decide la apertura de la indagación previa, los fiscales suelen solicitar el reconocimiento de la firma y rúbrica que constan en la denuncia. Esta diligencia se reduce a un acta, la misma que el fiscal sí suscribe.

Aunque la denuncia es una forma de noticia criminal que pone en oídos de los agentes fiscales la comisión de uno u otro delito, no es un requisito para la realización de investigaciones, como incorrectamente

se piensa entre personas que desconocen el derecho y su aplicación pragmática.

2. Reconocer los lugares, resultados, huellas, señales, armas, objetos e instrumentos conducentes a establecer la existencia del delito e identificar a sus posibles responsables, conforme a lo dispuesto en el capítulo de la prueba material.

Aunque esta atribución se expresa en un solo literal, en ella se expresan varias facultades o lo que es lo mismo, se pueden realizar en varias diligencias de reconocimiento. Así por ejemplo, los fiscales realizan el reconocimiento del lugar de los hechos de forma que sientan en un acta independiente el resultado de tales actividades. Asimismo, durante la realización de esta diligencia se podría dar la posibilidad de encontrar huellas o señales y evidencia que permita presumir elementos preponderantes en la investigación.

Por otro lado, en muchas investigaciones se solicita la realización de peritajes de las armas e instrumentos que sirvieron para la perpetración de la infracción que se investiga.

Así, podría el fiscal, pedir el reconocimiento y pericia de los elementos que se encontraron durante el reconocimiento del lugar de los hechos, por lo que se puede concluir que la atribución objeto de este análisis está dotada de una alta complejidad.

3. Recibir del ofendido y de las personas que hubiesen presenciado los hechos o de aquellas a quienes constare algún dato sobre el hecho o sus autores, sin juramento, las versiones que dieren.

La toma de versiones es por lo general, uno de los elementos que más sirven al fiscal, ya que permiten constatar y confrontar la verdad fáctica

que resulta de los peritajes con la apreciación de los sujetos que presenciaron los hechos delictivos.

Al inicio de todas estas diligencias, el fiscal debe advertir al deponente sobre sus derechos e inclusive, se le convocará para que acuda acompañado de un abogado patrocinador, quien no puede intervenir en la relación de los hechos sino que se debe limitar a calificar la constitucionalidad y legalidad de las preguntas que se le hagan al declarante, y procurar que no se auto incrimine mediante declaraciones o dichos que así resulten.

Toda versión debe ser reducida a escrito, en un acta de conformidad con la ley. Al pie de la cual debe suscribir el fiscal que tomó la versión, el testigo y su patrocinador. En la práctica, el fiscal en pocas ocasiones se dedica a realizar este trabajo y más bien permite que sus ayudantes se encarguen de la realización de esta actividad, inclusive en muchas ocasiones son ellos quienes formulan las preguntas sobre los hechos delictivos.

4. Solicitar al juez de garantías penales que con las solemnidades y formalidades previstas en el capítulo de la prueba testimonial, reciba el testimonio de quien se encuentre imposibilitado de concurrir cuando procesalmente le corresponda.

Esta es una potestad que usualmente no se realiza ya que, como en su texto manifiesta, tan solo se ha de presentar en los casos de quien deba rendir prueba testimonial; por lo tanto, en la indagación previa no se han de recibir testimonios, sino versiones, pudiendo el fiscal tomar las medidas legales para la comparecencia de cualquier persona.

5. Impedir por un tiempo no mayor de seis horas que las personas cuya información sea necesaria se ausenten del lugar sin haberla proporcionado.

Esta es una actividad de vital importancia en las investigaciones a cargo de los fiscales, y específicamente en la indagación previa, en muchos casos los testigos de una infracción penal desaparecen sin dar su testimonio, lo cual impide al fiscal hacerse de elementos suficientes para determinar la imputación en contra de un determinado ciudadano. Es por tanto una facultad indispensable en la indagación previa, ya que sus resultados, le pueden otorgar al fiscal los elementos necesarios para promover el proceso a la etapa instructiva.

Para cumplir con el cometido de esta facultad, el fiscal puede solicitar cooperación de agentes de la policía o agentes policiales judiciales. Esto no implica privación de la libertad de las personas que posean información preponderante en la investigación del delito. Esto no implica la privación de la libertad de tales sujetos, solamente consiste en un procedimiento de aseguramiento de evidencia testimonial que pudiera arrojar indicios o presunciones sobre la realidad fáctica de los ilícitos que se investigan. Cabe señalar, que en vista que el ejercicio de esta atribución no requiere orden judicial de ningún tipo, siempre que no supere el tiempo establecido en la norma.

No necesariamente se deben hacer los recaudos en ese momento, el fiscal puede solicitar a quienes encuentre en el lugar de los hechos que se acerquen a su despacho a rendir versión. Es decir, el fin de esta atribución es la de asegurar los elementos de convicción que pudieran perderse si no se toman las medidas necesarias para ello.

6. Ordenar la detención de la persona sorprendida en delito flagrante y ponerla, dentro de las veinte y cuatro horas siguientes, a órdenes del juez de garantías penales.

Siempre que se trate de un delito flagrante, el fiscal puede ordenar una detención, la misma que no podrá superar el límite establecido en el texto anotado. En caso de requerir que el detenido permanezca por mayor tiempo en privación de la libertad, se deberá solicitar al juez la realización y orden de tal medida. En la mayoría de casos, el fiscal que investiga un delito flagrante inicia la instrucción fiscal y solicita al juez el auto de prisión preventiva. Si no es así, el fiscal no podrá mantener a una persona detenida por mayor tiempo que el descrito, de hacerlo así cometería un acto ilícito, el mismo que produce responsabilidad civil en contra del Estado y penal en contra del agente. Puede generar la demanda de reparación del daño causado y moral, así como los daños y perjuicios.

7. Puede solicitar el reconocimiento del procesado o imputado, en el caso que los denunciante pudieran reconocerlo.

El cumplimiento de esta diligencia es vital en el desarrollo de la etapa indagatoria, en vista que, usualmente se abre para determinar elementos de imputación en contra de uno u otro sujeto, y ordenar la apertura de la instrucción. Es decir, permite esclarecer la imputabilidad de los sujetos que no se encuentran antes de la realización de la indagación previa.

Su ejecución debe respetar un procedimiento, no sólo el fiscal debe comparecer, la norma ordena que el juez, el secretario y el agraviado deben estar presentes, y la selección deberá realizarse entre diez sospechosos. Si el agraviado afirma que uno de los sospechosos es quien perpetró los actos ilícitos deberá identificarlo. Se debe sentar un

acta del procedimiento. El mismo que debe ser obedecido en casos en que se presenten personas homónimas o que tengan el mismo nombre, por eso es importante contar con los dos nombres y dos apellidos de los ciudadanos.

8. Solicitar al juez las medidas cautelares personales o reales que estime convenientes.

Las medidas cautelares que el fiscal puede solicitar durante la etapa indagatoria son muy limitadas, entre ellas se encuentra la detención con fines investigativos, la misma que no podrá exceder las veinticuatro horas. Las demás medidas deberán ser calificadas para determinar su efectividad durante la indagación previa, momento procesal en el que no siempre se encuentra un imputado, por lo cual es imposible asegurar la comparecencia al proceso o la reparación del daño causado.

9. Practicar todas las investigaciones que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos que se investigan.

La normativa adjetiva penal ha determinado los tipos de prueba que se admiten en el proceso penal, aunque en materia probatoria y procesal en general el Código de Procedimiento Civil es subsidiario del procedimiento penal, por lo que el fiscal puede practicar toda la gama de diligencias que establecen las dos normas.

Además de los reconocimientos, la legislación permite la prueba pericial, en muchos casos es necesario el reconocimiento documental, y en general se podrán aplicar y practicar todos los medios de prueba establecidos en la ley, excepto aquellos que mantienen requisitos especiales.

3. 2. Debido Proceso

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido al debido proceso como el *“conjunto de condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”*

.

El autor ecuatoriano Jaime Santos Basantes (2009, pág. 9) sostiene que los principios del debido proceso se aplican *“(...) desde la fase preprocesal o de la indagación previa y en todas las etapas del proceso penal (...)”*.

Asimismo, sostiene Zavala Baquerizo (2002, pág. 30) para quien *“Esas garantías básicas deben hacerse efectivas a lo largo de toda la actividad represiva penal, desde la investigación (policial y judicial) hasta la ejecución de la pena (...)”*.

La principal garantía de debido proceso es el derecho a la defensa, el mismo que debe ser respetado a favor de todos los imputados, acusados y procesados durante el proceso a que se los somete. En la fase de indagación previa en donde, regularmente no existen personas imputadas, esta prerrogativa debe ser aplicada en las diligencias investigativas cuya naturaleza sea personal; es decir, en aquellas en las que intervenga una persona natural.

Así por ejemplo se debe contar con un profesional del derecho al momento de rendir una versión e inclusive en la reconstrucción material de los hechos que se investigan. Pero no sólo la comparecencia de un abogado o jurisconsulto garantiza la defensa, otros hechos como poner en conocimiento de los sospechosos los indicios sobre su responsabilidad consiste en una forma de cumplimiento de tal facultad. Ahora bien, como se ha anotado en líneas anteriores, la reserva de las investigaciones, impide divulgar los resultados de las indagaciones; solamente los sujetos procesales deben tener acceso a la información contenida en los expedientes fiscales; empero, toda persona ha de tener acceso a las investigaciones que se hagan sobre sí.

El debido proceso comprende principios, sistematizados, complementarios y relacionados (Santos, 2009, pág. 11), los mismos que se enumeran a continuación:

1. Todas las personas tienen derecho a defender sus pretensiones dentro del proceso.
2. La sociedad tiene interés a que el proceso sea adecuado y transparente.
3. El proceso penal es un mecanismo de alcanzar las pretensiones de justicia, que permitan mantener el orden social.

El objetivo de la aplicación de los derechos y garantías del debido proceso, según Luigi Ferrajoli (1995, pág. 34.), se explican ya que:

“(...) los distintos principios garantistas se configuran, antes que nada, como un esquema epistemológico de identificación de la desviación penal encaminado a asegurar, respeto de otros modelos de Derecho Penal históricamente concebidos y realizados, el máximo grado de racionalidad y de fiabilidad del juicio y, por tanto, de limitación de la potestad punitiva y de tutela de la persona contra la arbitrariedad.”

Por otro lado, el jurista nacional Zavala Baquerizo (2002, pág. 23) ha sostenido que:

“Entendemos por debido proceso el que se inicia, se desarrolla, y concluye respetando y haciendo efectivos los presupuestos, principios y las normas constitucionales, legales e internacionales aprobadas previamente, así como los principios generales que informan el Derecho Procesal Penal, con la finalidad de alcanzar una justa administración de la Justicia; que le asegure la libertad y la seguridad jurídica, la racionalidad y la fundamentación de las resoluciones judiciales conforme a Derecho.”

El autor Santos Basantes (2009, pág. 13) propone la siguiente definición:

(...) es una garantía ciudadana de carácter constitucional, que debe aplicarse en todo tipo de procesos, es un principio jurídico procesal o sustantivo, según el cual toda persona tiene derecho a ciertas garantías mínimas, tendientes a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso y a permitirle tener oportunidad de ser oído y hacer valer sus pretensiones frente al juez de garantías penales.

Por su parte, el tratadista ecuatoriano Ricardo Vaca Andrade (cita de Santos, 2009, pág. 14) lo ha definido de la siguiente forma:

En su acepción jurídica, el debido proceso es el conjunto de garantías establecidas como medios obligatorios y esenciales para que el ejercicio de la función jurisdiccional se materialice, si se tiene en cuenta que es imposible aplicar el derecho por parte de los Órganos del Estado, sin que la actuación de éstos se haya ajustado a los procedimientos institucionalizados para el fiel cumplimiento de su misión de administrar justicia.

Según el criterio de FERRAJOLI (1995, Pág. 606), el debido proceso se concreta en garantías primarias y secundarias:

(...) normativamente asegurada por las tres garantías procesales antes enunciadas: la formulación de la imputación, con la que se formula la hipótesis acusatoria y se hace efectiva la contradicción (*nullum iudicium sine accusatione*); la carga de la prueba de tal hipótesis, que pesa sobre el acusador (*nulla accusatio sine probatione*) el derecho de defensa atribuido al procesado (*nulla probatio sine defensione*). A estas tres garantías, que designan otras tantas actividades cognoscitivas y que por ello se pueden llamar primarias epistemológicas, hay que añadir otras cuatro, no enunciadas de manera autónoma, porque aseguran la observancia de las primeras respecto de las cuales son, por decirlo así, de segundo nivel o secundarias: la publicidad que permite el control interno y externo de toda actividad procesal; la

oralidad, que comporta la inmediación y la concentración de la instrucción probatoria; la legalidad de los procedimientos, que exige que todas las actividades judiciales se desarrollen, bajo pena de nulidad, según el rito legalmente preestablecido; la motivación, que para cerrar el sistema documenta y garantiza su carácter cognoscitivo, es decir, la fundamentación o falta de fundamentación de las hipótesis acusatorias formuladas a la luz de las pruebas y contrapruebas.

El debido proceso no sólo tiene la finalidad de evitar el error judicial, sino fundamentalmente prevenir la condena de un inocente, e impedir la interpretación extensiva de la ley penal por parte de fiscales y jueces.

3.2.1. Análisis Normativo del Debido Proceso

La legislación es prolífica al referirse al debido proceso, no sólo se consagra en la redacción de los artículos 76 y 77 de la CRE y que ha estado presente a lo largo de las normas vigentes desde los albores de la legislación nacional.

El artículo 11 de la CRE contiene los principios para el ejercicio de derechos. Entre ellos, la obligación de todas las instituciones públicas que ejerzan una potestad pública de respetar los derechos consagrados en la Constitución, en los cuales constan los de debido proceso.

El artículo 169 de la CRE determina que consiste en una obligación de los órganos del sistema procesal. En similar sentido la disposición de los artículos 194 y 215 del mismo cuerpo constitucional.

3.2.1.1. Acuerdos internacionales y Legislación Ecuatoriana

Las normas constitucionales, establecen normas de aplicación de instrumentos internacionales, así se ordena en el artículo 424, que establece su jerarquía en el sistema normativo. El artículo 426 ordena el obligatorio cumplimiento de las garantías de los derechos humanos que se determinan en ellos.

Específicamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas se refiere al debido proceso en el artículo 14, mientras que el artículo 15 delimita el principio de legalidad en materia penal.

El artículo 14 es de naturaleza particularmente compleja y en él se combinan diversas garantías con diferentes ámbitos de aplicación: a) igualdad ante los tribunales; b) derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley; c) garantías procesales; d) derecho a una indemnización en caso de error judicial; y, e) derecho a no ser juzgado o sancionado por un delito ya juzgado (*non bis in idem*). En el marco del acceso a la justicia resultan particularmente relevantes las tres primeras garantías (Cajas A., 2009).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene normas específicas sobre garantías judiciales en el artículo 8.

3.2.1.2. Breve reseña normativa nacional

Adicionalmente, códigos, leyes y reglamentos contienen normas de debido proceso. Es así que el Código de Procedimiento Penal mediante las reformas promulgadas en el Suplemento del Registro Oficial No. 555 de 24 de marzo de 2009 ha determinado de forma expresa la aplicación de principios de debido proceso, específicamente el artículo innumerado (5.1.). Asimismo, el artículo 136, lo aplica en el capítulo de la prueba testimonial; por otro lado, el artículo

innumerado (205.1) del CPP, establece que toda resolución de audiencias debe ser motivada y sujeta a los principios del debido proceso.

3.2.1.3. Garantías Constitucionales del Debido Proceso

El debido proceso comprende algunas prerrogativas y principios, han sido principalmente recogidos en las Cartas Magnas de los Estados. En el caso ecuatoriano, el artículo 76 de la CRE establece los siguientes principios tales como: i) la obligación de toda autoridad administrativa y judicial de garantizar normas y derechos de las partes; ii) la presunción de inocencia, corresponde la prueba de culpabilidad; iii) el principio de legalidad, mediante el cual se ordena que todo juzgamiento se debe realizar por infracciones previamente tipificadas, asimismo, se determina que los procesos se sustancian de conformidad con las normas legales previas; iv) las pruebas que se obtengan con violación de la Constitución y la ley carecen de valor y eficacia probatorias; v) el principio indubio pro reo, según el cual los conflictos de leyes se resuelven según el mayor beneficio del acusado; vi) el principio de proporcionalidad entre infracción y sanción; y, vii) el derecho a la defensa, el mismo que contiene ciertas manifestaciones.

El derecho a la defensa, que consiste en una de las garantías de debido proceso de mayor jerarquía, contiene los siguientes derechos:

Debe ser garantizado a lo largo de todo el proceso, desde el inicio hasta el momento de la decisión que de por terminado el proceso penal, que puede suceder mediante sentencia u otras providencias y actuaciones administrativas del fiscal.

1. El procesado tiene derecho a preparar una defensa eficaz, en el tiempo adecuado.
2. Por otro lado la defensa se garantiza en la posibilidad a favor de todos los ciudadanos de ser oídos oportunamente y en igualdad de condiciones.

3. Se manifiesta además en que todos los procesos son por esencia públicos, con excepción a aquellos señalados en la ley como el de los delitos sexuales, las partes tienen el derecho de acceder al contenido de los procesos.
4. Los ciudadanos no podrán ser obligados a hacer declaraciones ante las autoridades estatales sin la presencia de un abogado patrocinador.
5. Si el procesado no entiende el idioma en el que se hace el juicio tiene derecho a que un traductor o intérprete le asista.
6. Otra de las manifestaciones es la presencia de un profesional del derecho a lo largo de todo el procedimiento judicial, la comunicación con él nunca ha de ser impedida.
7. La defensa se manifiesta en la posibilidad de hacer alegaciones por escrito o de forma verbal y presentar las pruebas que asistan, así como de controvertir o contradecir aquellas que hagan las otras partes.
8. Nadie puede ser juzgado más de una vez por los mismos hechos, se anota que el juzgamiento realizado bajo las normas de la justicia indígena debe ser considerado en la aplicación de este principio.
9. Los responsables de la prueba pericial deben responder por sus estudios, lo cual permite controvertir los resultados de la prueba.
10. El juzgamiento a cargo del juez natural, se prohíbe la constitución de tribunales de excepción u otros organismos creados para esos efectos.
11. La motivación de todo acto administrativo o judicial garantiza la defensa.
12. Por otro lado, el derecho de impugnación o de recurrir es determinante del derecho a la defensa, consiste en la posibilidad de revisión de alguna resolución no apegada a derecho.

3.2.2. Principios Constitucionales de Debido Proceso

A continuación hacemos una reseña de los principios del debido proceso que se han delimitado en la Constitución de la República del Ecuador:

1. Principio de Legalidad: Se entiende como aquella condición mediante la cual el delito y la pena deben estar previamente establecidos por la legislación, ésta consiste en límite de la libertad y de su ejercicio.

No se puede sancionar si la pena no está previamente impuesta y el delito tipificado.

Esta institución tiene su origen en la Revolución Francesa y gracias a los filósofos de la Ilustración, quienes propusieron que el pueblo, como elemento del Estado pase de ser el sujeto pasivo del gobierno a ser partícipe del poder, exigiendo garantías que permitan su ejercicio cabal. No sólo se aplica en materia penal, es un principio que se aplica a todas las relaciones e instituciones del derecho público. El primero en desarrollar tal principio fue César Beccaria (Santos, 2009, pág. 205), quien sostuvo que sólo el poder legislativo es el llamado a dictar leyes que establezcan delitos y penas, con sujeción al contrato social.

Según el criterio de Eugenio Zaffaroni (2002, Pág. 112). *“implica la prohibición de la ley ex post facto”*.

Además de estar expresado en los textos constitucionales, la mayoría de códigos penales enuncian el principio de legalidad.

El principio de legalidad se manifiesta en los siguientes presupuestos (Santos, 2009, pág. 207): i) no hay delito sin ley; ii) no hay pena sin ley; iii) no hay proceso si no hay juez; iv) no hay sentencia si no hay proceso; y, v) la ley no es retroactiva.

En similar sentido, el autor español Mir Puig sostiene que el principio de legalidad contiene las siguientes garantías:

“Garantía criminal exige que el delito (crimen) se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege). La Garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (nulla poena sine lege). La Garantía jurisdiccional, exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La Garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que regule”. (Mir Puig S., 2003, Pág. 77).

En general la ley penal debe comprender dos elementos: la descripción de un presupuesto de conducta punible y la sanción o pena que le corresponde. Sin embargo, la legislación de esta materia determina tres tipos de leyes penales: i) leyes penales concretas, son aquellas que comprenden claramente a los dos; ii) leyes penales incompletas, consisten en normas cuya integración se completa al remitirse a otra; y, iii) leyes penales en blanco, son aquellas que contienen descripciones de conducta no determinadas que no permiten reconocer claramente el presupuesto de hecho sancionado.

Los procesos legislativos producen la variación normativa, lo cual arroja como resultados los siguientes presupuestos: i) que la nueva ley incorpore nuevas conductas punibles que antes eran lícitas; ii) que una ley posterior suprima determinadas infracciones; iii) que la ley modificatoria establezca condiciones más gravosas; y, iv) que la norma posterior determine menor gravedad de ciertas infracciones.

2. Principio de indubio pro reo: éste ha sido establecido en los números 5 y 6 del artículo 76 de la CRE. Implica que *“en caso de duda los jueces deben resolver a favor del imputado”*(Guerrero W., 2004, Pág. 125).

Sirve para que los jueces que tienen duda sobre la aplicación de la norma tengan certeza en la forma de su aplicación, les permite aplicar preceptos universales de derechos humanos, los mismos que se encuentran recogidos en las normas constitucionales e instrumentos internacionales. Tan sólo se debe aplicar en los casos de duda razonable (Santos, 2009, pág. 221) y en cuanto a normas que contengan sanciones.

Además de esta delimitación del principio, conviene anotar otra de sus manifestaciones que consiste en que no se aplicará sanción hasta que exista sentencia ejecutoriada, a pesar de esto, la Constitución y la norma adjetiva penal establecen la posibilidad de ordenar la prisión preventiva, con el fin de garantizar la comparecencia al juicio del imputado, a menos que se le sustituya la medida.

Otra de las formas en las que el indubio pro reo beneficia al imputado consiste en la carga de la prueba en contra de los representantes del Ministerio Público, quienes deben demostrar su culpabilidad; no corresponde la prueba de la licitud de sus actos y conducta. El juez en caso de duda, deberá ratificar el derecho a la inocencia del imputado (Santos, 2009, pág. 222).

La siguiente expresión del principio se refiere a la retroactividad de la ley, se prohíbe toda aplicación de una ley posterior que vaya en contra del reo; teniendo como excepción primordial que, si se aplicarán aquellas que le beneficien, en todo caso se aplica la ley que le sea más beneficiosa, sea anterior o posterior.

3. Principio de proporcionalidad: En éste se ve manifestada el poder punitivo del Estado, que debe estar limitado por la correspondencia de los hechos investigados y que son sancionados, guardando relación directa entre daño y pena, es decir proporción.

Por regla general *“la pena que establezca el legislador al delito, deberá ser proporcional a la importancia social del hecho”*(Mir P., 2003, pág. 99). Lo cual se debe dirigir por los siguientes parámetros: i) la pena no debe ser exageradamente alta o mínima; y, ii) se medirá sobre la base de la importancia social del ilícito.

Se manifiesta además en la posibilidad de que jueces puedan establecer penas con obediencia a criterios de equidad. El operador de justicia debe medir la gravedad del daño causado mediante la comisión de la infracción, la incidencia social y la pena aplicada. Es por esto que los delitos que causan mayor alarma social se castigan con penas mayores y las benignas se aplican en delitos de menor trascendencia.

Según Jeremías Bentham (Citado por Santos, 2009, Pág. 230) los fines de la pena son la prevención general, que implica intimidación con el fin de infundir temor entre los delincuentes o el efecto de ejemplificar la pena; y la prevención especial, que implica actuación sobre la persona del delincuente con el fin de evitar que vuelva a cometer ilícitos. Tales efectos no se cumplen si es que la pena no es proporcional, si resulta insuficiente el número de infracciones aumentaría.

En muchos casos como en delitos contra la propiedad, además de la pena privativa de la libertad conviene el resarcimiento de los daños causados, lo cual pone de manifiesto el principio de proporcionalidad.

Según el ilustrado criterio de la tratadista española Lopera Mesa (cita de Santos, 2009, pág. 231), la proporcionalidad comprende tres subprincipios: i) adecuación o idoneidad, que implica la consecución del fin legítimo de la pena o prevención social; ii) necesidad, encaminada a determinar si la medida es la más adecuada para alcanzar el fin; y, iii) proporcionalidad en estricto sentido, que permite establecer si genera beneficios o perjuicios.

4. Principio de Non Bis Ídem: Busca impedir que los ciudadanos sean objeto de incesantes investigaciones por un mismo hecho, acto o motivo. Se debe distinguir dos formas concretas de aplicación (Santos, 2009, pág. 235): i) una vez concluido un juicio no podrá iniciarse otro en contra del mismo sujeto y por el mismo delito; y, ii) si una misma conducta ha servido como medio accesorio o instrumento para cometer un delito final o principal, únicamente se juzgará por éste.

A pesar de estas manifestaciones, podrían realizarse más de una investigación de un mismo hecho, siempre que la finalidad y los fundamentos normativos no se repitan.

En caso de presentarse doble juzgamiento por los mismos hechos se menoscabaría este principio y el de presunción de inocencia.

5. Principio de presunción de inocencia: *“los jueces y todas las personas en general, tienen que considerar al procesado como inocente hasta que se ejecutorie la sentencia condenatoria”*(Guerrero, 2004, Pág. 129). Este precepto se debilita al momento en que se dicta auto de prisión preventiva, el cual siempre y de conformidad con las normas constitucionales debe encontrarse suficientemente motivado.

El tratadista italiano Luigi Ferrajoli (1995, pág. 549) sostiene que:

Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esta prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.

La presunción de inocencia tan sólo se puede revocar mediante decisión judicial, producto de la certeza del operador de justicia, si existe duda

deberá mantener la presunción. En ambos supuestos, la motivación es un requisito esencial.

El principio se desvanece y la condena se ordena cuando existe el presupuesto indispensable de la prueba suficiente.

Según Quisbert E. (2001, Pág. 16 y 17) la presunción de inocencia es:

(...) institución procedimental de seguridad y protección creado a favor de las personas que enfrentan un proceso penal para que dispongan de medios que hacen efectivo el goce de los derechos subjetivos frente al peligro o riesgo de que sean desconocidos.

6. Principio de Igualdad Procesal: consiste en la garantía otorgada por el Estado a favor de los ciudadanos que les reconoce idéntica posición y las mismas facultades para ejercer sus derechos. Se garantiza a favor de todos los sujetos procesales las mismas facultades y obligaciones previstas en la Carta Magna y en los instrumentos normativos de inferior jerarquía.

3.2.3. Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales

El debido proceso, según el criterio de Santos (2009, pág. 253), además de principios constitucionales se compone con derechos fundamentales y garantías constitucionales. Los primeros, consisten en prerrogativas enumeradas en la Constitución e instrumentos internacionales; mientras que las segundas comprenden obligaciones del Estado para con los ciudadanos con el objeto de garantizar el cumplimiento de los derechos humanos y otras facultades establecidas en la normativa jurídica.

Los derechos fundamentales de debido proceso son las siguientes:

1. Derecho a la defensa: implica que todo ciudadano que enfrente un proceso debe ser patrocinado por un profesional del derecho, quienes pueden ser de su confianza, en caso de no tener la posibilidad de acceder a uno, es obligación del Estado autorizar a uno.

El derecho a la defensa comprende tres presupuestos: i) ser informado de la acusación; ii) disponer del tiempo y medios adecuados para planificar la defensa; y, iii) a presentarse en el proceso.

En toda participación de un ciudadano en una diligencia judicial de carácter penal debe contar con la asistencia de un profesional, en caso de no contar con él las actuaciones jurisdiccionales carecen de valor probatorio o jurídico, dependiendo del caso.

2. Derecho a ser procesado por el juez natural o competente: El juzgamiento se debe hacer por un representante del poder judicial designado anteriormente al inicio del procedimiento (Quisbert, 2001, pág. 35).

La esencia de este derecho es impedir que el Estado cree o designe órganos especiales para el procesamiento de las personas, es decir tribunales ad-hoc o de excepción, si esto ocurre el juicio adolece de nulidad absoluta. En materia penal, el juez competente es aquel que tiene jurisdicción en el territorio en donde se cometió el ilícito que se juzga.

3. Derechos del detenido: Al momento de una detención el aprehendido tiene derechos, los mismos que se conocen como regla Miranda, comprenden la obligación de comunicarle las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó y de los agentes que la realizan, así como de los responsables de interrogatorio o toma de

versión. Además de estos derechos, el detenido tiene derecho a permanecer en silencio, a tener la presencia de un abogado y a comunicarse con una persona a su elección.

4. Derecho a ser informado en su propia lengua: Comprende la prerrogativa de todas las personas de conocer e inteligenciar toda acusación a cabalidad, así como poner en conocimiento del juez su defensa en su idioma, con la ayuda del intérprete.
5. Derecho a ser interrogado con asistencia de un abogado defensor: tiene como finalidad que toda persona pueda acceder a una defensa completa y con el objeto de entender el verdadero alcance de las investigaciones. La norma constitucional del número 4 del artículo 76 establece que todo testimonio que se haga sin un profesional del derecho carece de valor probatorio. No sólo se refiere a las declaraciones de un sospechoso sino a las pruebas testimoniales de todo tipo, desde versiones hasta declaraciones ante el Tribunal Penal.
6. Derecho a la libertad personal: el derecho a la libertad es de carácter primordial, tanto como el de la vida. En el ámbito procesal la privación de la libertad además de deber ser excepcional, no puede superar los plazos establecidos en la Constitución.
7. Derecho a no auto incriminarse o declarar en contra de sus parientes: Tiene por objeto garantizar la presunción de inocencia, a nadie se le puede obligar a declarar su propia culpabilidad, es deber de los operadores de justicia alcanzar sus propias convicciones sobre la materialidad y culpabilidad de la infracción. El segundo caso tiene por objeto mantener el núcleo central de la sociedad como es la familia.

En caso de declaraciones de familiares la prohibición tiene una excepción, en los casos de violencia intrafamiliar.

Por otro lado, las garantías constitucionales son las siguientes:

1. Caducidad de la prisión preventiva: Solo procede en caso que las demás medidas cautelares no sean suficientes, y exista un riesgo de fuga. El principio de celeridad obliga a los jueces a realizar sustanciaciones rápidas y justas. Deben concurrir los requisitos del artículo 167 del CPP, para ser ordenada. Dura seis meses en caso de delitos sancionados con prisión y de un año en delitos que se penan con reclusión. Al concluir dichos plazos se extingue la prisión preventiva y el procesado recupera su libertad.
2. Motivación de las resoluciones: Es necesaria la explicación, mediante un razonamiento lógico o silogismo jurídico suficientemente aclaratorio, para determinar la decisión del caso, evitando la arbitrariedad. Consiste en una obligación constitucional, mediante el cual se concede el fundamento o razón de la decisión. Su carencia implica la violación de los derechos a la seguridad jurídica.
3. Ineficiencia de las pruebas actuadas con violación a Constitución: el número 4 del artículo 76 ordena que el juez deseche las pruebas obtenidas con violación de las garantías constitucionales o legales, y se les arranca su validez y eficacia probatoria. La valoración de la prueba, corresponde al juez, de acuerdo a los sistemas de modelo de la teoría legal o formal y el modelo de la teoría de la libre valoración o denominada de la íntima convicción del juez, en todo caso, esta actividad corresponde al garante de la prueba. Jamás estos procesos deben referirse a resultados probatorios obtenidos mediante violaciones de principios constitucionales, garantías y derechos de debido proceso y de otra naturaleza.
4. Acceso a los documentos: Esta garantía tiene como fundamento el principio de la inmediación procesal, que coloca a los sujetos procesales frente al juicio de manera directa y con todas las herramientas para

plantear una defensa efectiva. En la indagación previa, tema que nos ocupa, muchas veces se impide el acceso a los documentos que obran de los procesos investigativos, aunque si se debería permitir a favor de los abogados que representan a los investigados.

5. Acceso a la justicia y a la tutela efectiva: Permite a los ciudadanos acceder a los órganos judiciales y otros operadores para lograr la tutela efectiva e imparcial de sus garantías y derechos humanos.

La tutela efectiva se define como:

(...) derecho que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales, para a través de los debidos causas procesales y con unas garantías mínimas, se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas. (Benalcázar J., 2005, en www.derechoecuador.com)

La tutela efectiva se aplica con sujeción a los principios procesales de celeridad e inmediación, es deber de todo operador o administrador de justicia sustanciar los procesos con respeto a tales fundamentos procesales, lo que le permitirá y concederá mayor objetividad y efectividad en la decisión jurisdiccional. Es decir, la tutela efectiva, es el derecho de los ciudadanos a obtener una decisión acorde a los pretensiones legítimas y con apego a las normas de procedimiento que rigen la actividad judicial. Implica además, el respeto de derechos como la defensa, contradicción, oralidad, entre otros.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN TEÓRICO PRÁCTICA DEL DEBIDO PROCESO A LA FASE DE INDAGACIÓN PREVIA

4.1. Sobre la fase indagatoria y el debido proceso

Como se mencionó en capítulos anteriores, la indagación previa consiste en una etapa eminentemente pre procesal, cuyo principal objetivo es recoger los elementos, indicios, presunciones y demás convicciones que le sirvan al fiscal para orientar su actividad investigativa con el fin de determinar la realidad fáctica o materialidad de la infracción así como la responsabilidad y culpabilidad de los sujetos.

Durante el decurso de la indagación posiblemente se requiera la realización de ciertas diligencias investigativas que vulneren ciertas garantías, derechos y principios que fueron objeto de estudio previo. En estos casos es necesaria la autorización judicial para su realización, es así que en la práctica se aplica el debido proceso; es decir, se modera la afectación de derechos que resulta de la práctica y uso de medios probatorios y del poder judicial frente al individuo, quien ve garantizados sus derechos constitucionales.

El irrespeto del debido proceso, en la indagación previa, resulta en la ineficacia probatoria de las diligencias que se han preparado. La actividad fiscal carece de oficiosidad, resulta en un innecesario desperdicio de recursos tanto económicos, de tiempo, de talento humano, entre otros. Es necesario que el aparato estatal, por lo menos el sistema penal, tenga claros estos principios con el fin de optimizar su acción.

Durante el proceso penal es de inminente necesidad la aplicación de las garantías del debido proceso, la vigilancia de tales actuaciones corresponde al juez de garantías penales. Sin embargo, durante la indagación previa, etapa que se distingue por ser de carácter completamente administrativo, la

participación de los operadores de justicia es prácticamente nula, lo cual impide el control de los principios, derechos y garantías constitucionales o de instrumentos internacionales de derechos. Contrariamente a la etapa de instrucción fiscal, los agentes del ministerio público no están obligados a notificar al juez de la iniciación o apertura de una etapa indagatoria, no existe norma que dicte u ordene tal deber.

4.1.1. Reserva de la indagación

El código adjetivo penal establece la reserva de la indagación previa. Dicha disposición tan sólo se extiende en contra de terceros ajenos al proceso, en ningún caso se puede oponer o excusar del conocimiento del contenido de las investigaciones a las personas que se han envuelto en las investigaciones.

A pesar de la reforma del artículo citado durante los años 2003 y 2009, los agentes fiscales a nivel nacional siguen privando a los sujetos investigados del conocimiento de las piezas que componen los expedientes de indagaciones previas, y las reformas no han sido acatadas a cabalidad. Estos hechos consisten en una violación evidente del debido proceso. Ocurre esto, especialmente debido a que con estos hechos se priva a los investigados de acceder a una defensa eficiente y oportunamente preparada, de forma que se afecta garantías que previamente se mencionaron en el presente estudio.

La reserva no corre contra abogados debidamente autorizados y que estén representando a uno u otro ciudadano, es decir, en la persona del profesional del derecho se encuentra representado por sí mismo. Este derecho implica que el representante o llamado a la defensa debe tener acceso total y debería poder reproducir los documentos mediante copia fotostática e inclusive mediante la reproducción de dispositivos de almacenamiento de memoria tales como discos compactos y otros de similar naturaleza. Pocos son los seres humanos que tienen el don de la memoria fotográfica y resulta ridícula la afirmación de ciertos agentes fiscales para que los abogados tan sólo se limiten

a revisar el contenido de los documentos, cuando la defensa eficaz y acorde a los derechos depende en gran medida de los elementos y herramientas a las que se tiene acceso.

Por otro lado, la reserva de la indagación previa muchas veces se ha visto comprometida respecto de la intervención de los medios de comunicación, quienes buscando notoriedad, exclusividad o sensacionalismo acceden a los expedientes y los divulgan. Muchas veces se han podido apreciar documentos reservados publicados en periódicos de circulación nacional o lo que es peor, diligencias judiciales protegidas por reserva expuestas en los noticieros nacionales de televisión. Se ha llegado a irrespetar la reserva en tal medida que muchos agentes fiscales aparecen frente a las cámaras de los medios opinando e informando sobre el mérito de los procesos e inclusive se han visto imágenes de víctimas de delitos contra la vida o de otra naturaleza. Es evidente que estos actos constituyen violaciones de los principios de reserva. Resulta absurdo que mientras, a los implicados en las investigaciones se les impida el acceso a éstas, por otra parte se está publicitando hechos que deben estar reservados al derecho, sacrificando la aplicación de principios del debido proceso y exaltando el morbo de la sociedad y de unos pocos ciudadanos adeptos de la denominada crónica roja.

La aplicación de la reserva de la indagación previa arroja muchos beneficios, que según el criterio de Santos (2009, pág. 124 y 125):

1. Evita el ocultamiento o fuga del sospechoso.
2. Previene el ocultamiento, alteración o destrucción de la evidencia.
3. Impide la intimidación, neutralización o eliminación de los testigos.
4. Imposibilita la desaparición de los bienes mal habidos.
5. Facilita el descubrimiento de la verdad.
6. Protege el buen nombre y la fama del inocente.
7. Garantiza los derechos del sospechoso y del ofendido.

4.1.2. Indagación previa y presunción de inocencia

Según el criterio de Vásquez (1995, pág. 276)“(...) *el principio o estado jurídico de inocencia es el presupuesto del sistema penal liberal en general y de la garantía de judicialidad en particular.*”

Durante la indagación previa la presunción de inocencia es evidentemente manifiesta, no existe ningún ciudadano o persona que se vea afectada directamente por una acusación y mucho menos por una imputación. De todas formas, estas dos condiciones, aun existiendo en otras etapas del proceso penal, tampoco deberían afectar a tal principio.

Como hemos dicho, durante la indagación previa se recogen elementos que, precisamente, servirán para en lo posterior lograr desvanecer la presunción de inocencia. Mientras dura, ni siquiera la intención de derrumbar tal principio existe en el proceso.

En el desarrollo de la indagación previa es poco común que se ordenen medidas cautelares personales, menos aun de tipo real. El fiscal puede solicitar que el juez disponga detenciones con fines investigativos de hasta veinticuatro horas; sin embargo, no es posible mantener a un ciudadano detenido por un tiempo mayor. En todo caso, si se presenta una medida de este tipo, no implica la eliminación de la presunción de inocencia. A pesar de existir elementos que indiquen la responsabilidad de determinados ciudadanos, el fiscal no puede solicitar medidas de privación de la libertad sin formular los cargos y abrir la etapa instructiva. Es decir, el respeto de tal presunción durante la indagación previa se garantiza por su naturaleza misma.

En muchas ocasiones, ciudadanos que se ven afectados por la apertura de una indagación previa y para evitar comparecer ante un tribunal y tener que afrontar un juzgamiento penal, optan por darse a la fuga e impedir el desarrollo de la justicia. Esto tan sólo se puede evitar con la iniciación de la etapa instructiva.

4.1.3. Igualdad procesal durante la indagación previa

Durante la Indagación Previa el desarrollo de las investigaciones corre por cuenta de los representantes del Ministerio Público y de la institucionalidad establecida bajo su mando. Como se mencionó en líneas anteriores, las diligencias que se realizan son sólo aquellas que según el criterio del fiscal, ayudan a esclarecer los hechos, respetando sus propias tácticas y estrategia.

Los demás sujetos procesales que, por mandato legal no participan en la etapa indagatoria, carecen de iniciativa investigativa o probatoria durante ésta. Si bien, en muchos casos, tanto en la indagación como en la instrucción otros sujetos procesales presentan solicitudes de actividad probatoria y la ponen en consideración del fiscal, no siempre el agente dispone su práctica, y es que no es su obligación. Incorrectamente, en nuestro país se piensa que el derecho a la defensa se afecta por la omisión de los fiscales en ordenar las diligencias que los acusados le solicitan. Esto no es así, el representante del Ministerio Público tiene total facultad sobre la dirección de la investigación.

Este principio responde a la necesidad del fiscal de dirigir su propia forma de esclarecer los casos, no es de ninguna forma un atentado contra la libertad de defensa o igualdad de las partes. Recordemos que por su propia naturaleza y funciones, los fiscales son funcionarios judiciales que no están investidos de jurisdicción, pero sí de competencia. Sus actuaciones no son vinculantes, la acusación de un fiscal es propositiva, quien tiene la última palabra son los órganos identificados tradicionalmente como administradores de justicia. La igualdad procesal se manifiesta claramente en etapas del proceso donde la confrontación de posiciones es necesaria para el desarrollo de los casos y la inmediación es necesaria para dotar de legitimación a los procesos.

Los expedientes de investigaciones fiscales están a cargo de uno de los sujetos procesales, quien debe responder por el cumplimiento de las garantías del debido proceso en la medida que la naturaleza de su función le exige. La

investigación, al estar a su cargo, especialmente en la etapa procesal el presente estudio analiza, debe responder a su necesidad. Evidentemente, debe acoger los pedidos de los acusados, pero recordemos que no es una condición sine qua non para la validez del proceso investigativo.

Estas argumentaciones no implican la violación del principio de igualdad procesal. Las nuevas posiciones doctrinarias frente a los derechos de igualdad, determinan que éste se aplica de acuerdo a la necesidad de los sujetos, el trato desigual se justifica por la esencia de la actividad de la fiscalía. Es deber de los representantes del Estado realizar el mejor recaudo investigativo con el fin de determinar la verdad, encontrar a los responsables de los hechos ilícitos que se investigan y mantener la paz social mediante el castigo efectivo de los delitos penales. En vista que, el procedimiento de la indagación previa no es propiamente de carácter judicial, el derecho a la igualdad se restringe de cierta forma y en una medida que corresponde al criterio del fiscal determinar.

4.2. La Indagación Previa: Propuesta de Reforma Procesal

Como se ha podido apreciar durante el presente estudio, existe la necesidad de reforzar en alguna medida la aplicación del debido proceso durante el desarrollo de la indagatoria.

Es acaso necesario reformar la legislación y convertir a la indagación previa en parte del proceso penal. Cuya principal consecuencia es ponerla bajo conocimiento de un juez. En un sistema judicial como el nuestro, en donde la falta de herramientas de trabajo, la acumulación de expedientes en las judicaturas, entre otros problemas que atacan al sistema de justicia actualmente, han convertido a los operadores de justicia en entidades improvisadas, sin el sustento científico ni técnico. Conviene reevaluar el sistema que administra justicia penal.

Una reforma del proceso de administración de justicia requiere la eficiencia de su acción, poner en conocimiento de los jueces miles de otros expedientes adicionales, que de ser por la estructura actual se acumularían en los archivos, llenos de documentos que en definitiva, se convertirán en letra muerta. Además, el conocimiento de estos en un proceso penal oral, se deben implementar audiencias y otros actos procesales, que para su tramitación requieren recursos de talento humano, monetarios, entre otros.

Si bien, la única forma de hacer parte a la indagación previa parte del proceso es una reforma de la ley, es necesario reevaluar la practicidad de tal decisión. La principal solución para los problemas mencionados arriba, es simplificar los procedimientos, en todo caso la indagación previa no dejará de ser una etapa inicial, de índole preparatoria. Siempre ha de depender de la decisión del fiscal de abrirla, pero conviene que esta decisión le sea comunicada al sistema de administración de justicia, mediante la forma que más convenga a los intereses de la función judicial, bastaría con una notificación, un extracto de la denuncia o de la noticia criminal. Que en los juzgados penales se abran libros de indagaciones previas, solamente para efectos de registro y sin la necesidad de abrir un expedientillo.

A pesar de lo antes anotado, la notificación a los jueces no es el único requisito. Si la etapa indagatoria pasa a ser considerada como una etapa procesal, el fiscal estaría en la obligación de notificar a los sospechosos que consten en las denuncias, de ser el caso; cuando no exista insinuación sobre los autores, cómplices o encubridores no se deberá cumplir con este acto procesal.

Otra de las consecuencias consiste que se originan de la inclusión de la indagación previa en el proceso penal consiste en que, las causas de nulidad aplicables a todas las etapas de proceso contarán durante la etapa indagatoria. Esta aplicación actualmente es muy baja, se puede aplicar nulidad de diligencias investigativas, pero no de la indagación.

Es necesario analizar los beneficios en la aplicación del debido proceso a una etapa judicial. Por una parte, los jueces en la actualidad son considerados más que juzgadores, actualmente se les atribuye la capacidad como garantistas del proceso.

La capacidad arriba anotada sólo corresponde a los jueces, quienes deben calificar el proceso y disponer las acciones para hacer respetar las garantías. Aunque durante la etapa indagatoria los fiscales se encuentran obligados al cumplimiento en tal sentido, ellos no se encuentran atribuidos de la competencia de calificar el cumplimiento de los derechos.

Adicionalmente, algunas de las investigaciones hasta la actualidad son delegadas a la Policía Judicial, quienes llevan a cabo los recaudos, tanto versiones, como reconocimientos del lugar de los hechos, entre otros. Sin embargo, a pesar de la buena intención de los agentes policiales al servicio de la justicia, algunos carecen de la preparación técnica para realizar diligencias investigativas. Su preparación se limita a un curso de seis meses, cuando todo programa de estudios dirigidos a la investigación del delito debe comprender materias complejas, que en el tiempo mencionado no se pueden aprender con detalle.

Además de las capacidades técnicas, los policías deben someterse a programas de capacitación jurídica, que les haga capaces de reconocer los derechos de los sujetos, con el fin de respetarlos y de construir una mejor investigación, con respeto a estas garantías, con mayor educación y capacitación las investigaciones tendrán mayor calidad. En todo caso, los elementos de investigación tampoco son considerados como calificadores de los procesos, por lo que es necesario que un funcionario judicial, además del fiscal, se encuentre a cargo de hacer cumplir las garantías.

A pesar que, la indagación previa hasta la presente fecha es considerada como un proceso administrativo, las violaciones de garantías son cometidas con

frecuencia. En todo caso, es necesario, por lo menos, dotarle de mayor nivel de publicidad y con el fin de que todos los interesados puedan acceder a su contenido. Esto garantiza la defensa integralmente, le otorga a los sujetos procesales la posibilidad de conocer la totalidad de los expedientes y preparar una defensa acorde a las necesidades, con respeto a las normas que regulan el proceso.

Aunque este problema ya se ha solucionado en la ley, las reformas han resultado insuficientes, los problemas en cuanto al conocimiento de los recaudos de la indagación previa, en la práctica se siguen presentando. Es necesario determinar una nueva reforma para convertir a la indagación previa en etapa de un proceso público, cuya finalidad sea más profunda que en la actualidad.

4.2.1. Criterios propuestos por profesionales del derecho

Como parte del presente estudio se ha propuesto la realización de entrevistas a profesionales del derecho con el objeto de que propongan sus criterios, expongan argumentos, razonamientos y potenciales reformas de la legislación que regula la indagación previa.

Al respecto se consultó la opinión del doctor Francisco Moreno Arévalo (ANEXO 1), abogado en libre ejercicio profesional, quien considera que durante la etapa de la indagación previa los agentes investigadores deben fundamentar su actividad en la veracidad de lo que realmente se puede investigar. Además propone que los agentes investigadores sean instruidos en principios jurídicos y normativa.

El antedicho profesional sostiene que la indagación previa se motiva con la existencia de elementos y convicciones sobre la existencia material de un ilícito. Permite al fiscal encontrar mayor certeza para promover al proceso penal a la fase instructiva.

Por su calidad de abogado en libre ejercicio profesional sostiene que es necesario el acceso a toda la fase investigativa, con lo cual se estaría cumpliendo los mandatos constitucionales.

Sostiene que la reforma penal debe enfocarse en compaginar la indagación previa con las garantías constitucionales, y debe ser regulada en el Código de Procedimiento Penal.

Además hemos acudido a otros profesionales, entre ellos el abogado Esteban Yépez Navas (ANEXO 2), quien es funcionario del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, quien sostiene que la indagación previa le sirve al fiscal para plantear las hipótesis del caso. También manifiesta que los agentes investigadores de la Policía Judicial tan sólo se deben apegar a la delegación realizada por parte del fiscal.

Para el antedicho funcionario público es importante salvaguardar los elementos de la investigación, tales como indicios y huellas, entre otros. Tomando en cuenta que la indagación previa tiene por objeto imputar a los responsables de la infracción penal, es necesario encaminar las diligencias a comprobar la materialidad y la responsabilidad. En todo caso, es el fiscal quien debe determinar el contenido de la estrategia y de la táctica.

Para el abogado Yépez el objeto de la indagación previa es determinar la materialidad y la responsabilidad de las infracciones o por lo menos indicios que permitan la ordenar la instrucción fiscal, con lo cual el proceso se dinamiza y puede alcanzar sus objetivos globales. Es así que, las investigaciones deben respetar los principios del debido proceso y otras garantías constitucionales, ya que de no hacerlo estaría viciado y el proceso podría ser declarado nulo o las diligencias probatorias en él recogidas podrían perder todo valor de prueba.

El conocimiento de la indagación previa por parte de la defensa, le permite delimitar su camino, estrategias y táctica, por lo tanto facilita el cumplimiento de las garantías que se han mencionado.

El profesional en mención sostiene que es necesaria la reforma del Código de Procedimiento Penal, con el fin de delimitar su régimen, de dotarle de mejores norma de regulación. Sostiene que en la actualidad su normativa es insuficiente y se debe transformarla en una institución jurídica.

Se procedió a entrevistar al señor fiscal doctor José Luis Jaramillo Calero (ANEXO 3), quien como representante de la Fiscalía General del Estado quien sostiene que durante la indagación previa “(...) *se debe definir una hipótesis criminal, se debe estructurar un cronograma valorado de actividades investigativas a desarrollar, en la que se fijarán tiempos, responsables y productos a alcanzar (...)*”.

El antedicho agente fiscal también considera que las principales estrategias de titular de la investigación son: valoración del hecho, exclusión de obstáculos legales para el ejercicio de la acción (cuestiones prejudiciales o de procedibilidad, prescripciones, prohibiciones expresas, etc.), identificación de una o varias personas a las que se les pueda atribuir objetivamente el hecho, oportunidad y mínima intervención penal (lesividad o trascendencia), aseguramiento de evidencia, protección de víctimas, testigos y otros intervinientes y; conformación de equipo técnico para la investigación.

En la entrevista que se analiza se manifiesta que en toda diligencia en la que exista la necesidad de limitar derechos constitucionales se debe contar con la autorización de un Juez de Garantías Penales. La violación de tal principio podría enervar la cláusula de exclusión.

Manifiesta además que, el principio de reserva sólo se aplica frente a terceros, y se motiva en muchos de los objetivos de la indagación como la preservación

de la evidencia y proteger los recaudos. Por último considera, que se debe mantener el régimen jurídico de la indagación previa, debido a que así es una herramienta más eficiente para el fiscal.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Recomendaciones

1. El procedimiento penal se define como una serie concatenada de actos procesales que conforman un sistema de actividad propia de la función judicial, sujeta a principios procesales y normas adjetivas; a cargo de los operadores de justicia, que conforman el ejercicio de la acción pública y la potestad sancionadora del Estado, procura la realización de investigaciones, el esclarecimiento de los hechos y el descubrimiento de la responsabilidad penal. Consiste un medio para castigar los delitos que se encuentran tipificados en el ordenamiento jurídico. Por esencia, se divide en varias etapas, cada una posee un fin determinado y un régimen único bajo el que se regula; así la legislación procesal penal ordena que se conforma por una etapa de indagación previa, una segunda de instrucción fiscal, sigue una etapa intermedia que se realiza en una audiencia preparatoria de juicio, sigue la etapa de juicio propiamente dicha, que se realiza en una audiencia de juzgamiento, finalmente la ley adjetiva penal determina la fase de impugnación.
2. A pesar de ser regulada por el sistema normativo adjetivo penal, algunos doctrinarios sostienen que la indagación previa es de carácter pre procesal y no es una etapa del proceso penal propiamente dicha, es un período que por disposición del fiscal se abre con el objeto de hacer mayores recaudos y sustentar de mejor manera la apertura de la instrucción fiscal. La intervención de la defensa es limitada, tanto que la fase indagatoria se mantiene en reserva, los denunciados o sospechosos pueden señalar casillero para notificaciones y solicitar la realización de algunas diligencias, siempre sometidas al criterio del fiscal, quien tiene la última decisión y que no siempre estará en la obligación de ordenarlas. Escasamente sometida a la voluntad de los jueces, la indagación previa siempre deberá regularse

por los derechos y garantías constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos.

3. El Estado es el titular de la acción penal; ningún otro sujeto de derechos tiene el poder de iniciarla; aunque en muchos casos, surge de una denuncia, el ejercicio de la acción penal no depende del denunciante, son los fiscales y el Ministerio Público los encargados de determinar la necesidad de un enjuiciamiento penal. Empero, existen los procesos de acción penal privada, en los cuales el querellante es quien inicia la acción penal; lo cual es tan sólo una excepción a la regla anteriormente anotada. El ejercicio de la acción penal inicia con la noticia criminal, que es el medio para que el fiscal conozca los hechos fiscalizables; aquélla se puede expresar en una denuncia, en un parte policial, en un informe de la Contraloría General del Estado que determine indicios de responsabilidad penal, entre otras formas de conocimiento de ilícitos, e inclusive el fiscal puede dar inicio al proceso penal de oficio.

4. El procedimiento penal, cuya acción inicia por decisión del fiscal, se compone de varias etapas procesales plenamente definidas. Estas fases son Instrucción Fiscal, Etapa Intermedia, Juicio e Impugnación. La fase instructiva tiene una duración de noventa días y de cuarenta y cinco en caso de delitos flagrantes; su objetivo primordial es el de encontrar detalles sobre la responsabilidad e identificar a los sujetos activos de la infracción y determinar la pertinencia de llamar a juicio a los imputados. La etapa intermedia tiene por objeto la presentación al juez a cargo del fiscal de los recaudos de la instrucción fiscal, para que sea llamado a juicio o sobreseído de conformidad con las leyes adjetivas aplicables, se practica en la audiencia preparatoria del juicio. La etapa de juicio tiene como fin la práctica de las pruebas por parte de la fiscalía y con el fin de sustentar la acusación que impulsó la iniciación del juicio, por un lado la fiscal debe justificar la materialidad de la infracción y la responsabilidad de los acusados. La etapa de impugnación tiene como fin reparar los fallos que no

se han adecuado al derecho y a la justicia; dependiendo de la necesidad, se encuentran distintos recursos como el de apelación, nulidad, casación y revisión.

5. La Instrucción Fiscal tiene por objeto investigar y recaudar indicios que permitan realizar una acusación adecuada. Además de la acusación, el fin de la instrucción siempre será preservar o confirmar la presunción de inocencia en los casos en que amerite tal decisión. Su duración es limitada, tan sólo se cuentan con noventa días para desarrollarla, muchas veces los fiscales deciden iniciar la instrucción en vista que ya cuentan con elementos suficientes para realizar una imputación, aunque no necesariamente se debe alcanzar una acusación. Las diligencias que se practican mientras dura son de carácter público, aunque tratándose de delitos contra la libertad sexual de las personas, los procesos siempre se desarrollan bajo reserva de ley. La instrucción fiscal tiene origen durante la audiencia de formulación de cargos, para la cual, el fiscal debe solicitar a los servicios de justicia el señalamiento de día y hora para su realización, solicitud que ha de ser conocida por un juez de garantías penales que es competente en virtud de un sorteo. Asimismo, encuentra su punto final durante la audiencia preparatoria de juicio; aunque no se debería denominar así ya que no siempre se cuenta con un dictamen acusatorio y el consecuente juicio.

6. La Audiencia Preparatoria de Juicio tiene por objeto que el fiscal, fundamente, ante el juez, los recaudos investigativos que se alcanzaron durante la Instrucción Fiscal y sobre la forma en que han influido el criterio del fiscal en cuanto a los hechos y la responsabilidad del imputado. También es deber de la defensa manifestar sus argumentos para la defensa, aunque esta actividad se limita hay que no tiene la libertad y discrecionalidad de la fiscalía en la práctica de diligencias y producción de futuras pruebas. En otras ocasiones los agentes del Ministerio Público no alcanzan los elementos necesarios para la acusación, en cuyo caso se abstienen de acusar. La etapa intermedia tiene por objeto someter al

criterio de un juez los recaudos de las etapas investigativas anteriores, concluye con el auto de llamamiento a juicio o de sobreseimiento parcial o total del proceso y del procesado.

7. Durante la etapa de juicio, los sujetos procesales se encargan de practicar y presentar la prueba sobre los hechos que han alegado. Es decir, su fin esencial consiste en la práctica de la prueba ante un Tribunal que juzga la existencia de la infracción así como la responsabilidad de los sujetos acusados en su respectivo grado de responsabilidad, siempre las pruebas se han de remitir a lo practicado en la instrucción fiscal. Es una etapa de calificación de legalidad de la prueba y su práctica. La etapa de juicio concluye siempre con sentencia que puede ser absolutoria o ratificatoria de inocencia, o condenatoria. La misma que puede ser objeto de recurso de apelación ante una de las salas especializadas de las Cortes Provinciales, en caso de existir, también se sorteará si se cuenta con Salas multicompetentes. Corresponde a los órganos juzgadores y administradores de justicia el cumplimiento de los requisitos formales de la sentencia, los mismos que se encuentran ordenados en la ley, tales como la motivación en derecho y en los autos, lo cual surge de la experiencia de los jueces y del ejercicio de procesos internos de sana crítica y experiencia.

8. A la etapa de juicio le sigue la de impugnación, cuyos recursos son aquellos que se anotan en las leyes, nace únicamente de la ley y de providencias y decisiones judiciales únicas. Consisten en remedios que el sistema procesal otorga a los sujetos con el fin de garantizar el cumplimiento cabal de la ley y la consecución de la justicia. Entre los recursos de impugnación que existen se encuentra el de apelación, existe la posibilidad de presentarlo del auto que ordene la prisión preventiva, del auto que da por finalizada la etapa intermedia, de la sentencia y del auto que declara la nulidad. Por otra parte existe el recurso de nulidad, el mismo que tiene por objeto la calificación de las solemnidades sustanciales, del cumplimiento de las garantías procesales y el cumplimiento del trámite. Existe además el

recurso de casación, el mismo que tiene como fin calificar la legalidad de la sentencia recurrida, si ésta ha contravenido el contenido de la ley, la aplicado erróneamente y la ha interpretado incorrectamente. Por último, existe el recurso de revisión, el mismo que tiene carácter de extraordinario y se presenta en contra de sentencia ejecutoriada con autoridad de cosa juzgada, su fin primordial es corregir los errores que condujeron a los servicios de justicia a determinar responsabilidades incorrectamente, como por ejemplo cuando se han originado nuevas pruebas con las que no se contaban al momento de dictar la sentencia que se ejecutorió.

9. Los sujetos procesales son las personas que actúan durante el procedimiento judicial y que se encuentran legitimadas den él para solicitar la realización de diligencias y la práctica de pruebas. Existen sujetos acusadores; entre los cuales se encuentra la fiscalía y el acusador particular. La fiscalía es la institución titular de la acción penal, tan sólo de su voluntad depende la iniciación y procesamiento de los sujetos activos de la infracción. Además, en los casos de instrucción fiscal se cuenta con la presencia de imputados, quienes pasan a ser acusado durante la etapa de juicio por pesar en su contra una acusación fiscal debidamente sustentada con los resultados de la instrucción fiscal y en audiencia. Participan, a lo largo del proceso penal los sujetos juzgadores, en primer lugar participa el juez de garantías penales; posteriormente, se pasa a conocimiento del tribunal de garantías penales quien es el encargado de dictar sentencia, la mismas que tan sólo se podrá revocar o modificar mediante los únicos recursos contenidos en la ley adjetiva penal; consecuentemente, el proceso penal ha de pasar a las salas de las Cortes Provinciales para resolver los recursos. Adicionalmente, la Corte Nacional de Justicia en los casos de recurso de casación y de revisión.

10. La Fase de Indagación Previa no es una etapa procesal propiamente dicha, sirve al fiscal para sustentar la necesidad de abrir la fase instructiva y la realización de nuevas diligencias probatorias e investigativas, tiene una

duración limitada de un año. Tiempo durante el cual el fiscal dirige la investigación con poca o nula injerencia de la defensa, y para determinar los elementos de la existencia material de la infracción y establecer la identidad de los autores de la infracción penal que la motiva, y su nivel de participación, para posteriormente sustentar la imputación, que se desarrolla para alcanzar una acusación y una condena. Es decir, si la indagación previa se encuentra correctamente realizada, permitirá al fiscal conducir un proceso penal exitoso que prosperará hasta la condena de los responsables de una infracción punible.

11. Al fiscal le corresponde competencias establecidas en el código adjetivo penal, las mismas que se pueden ejercer en la indagación previa como en la instrucción fiscal. Las más importantes consisten en recibir denuncias y poner en marcha las investigaciones que se requieran para el esclarecimiento de los hechos. Además, puede solicitar a los jueces la emisión de boletas de detención, con fines investigativos; e inclusive la privación preventiva de la libertad en el momento procesal oportuno. Al ser la fiscalía la institución llamada a iniciar las acciones penales, sus representantes tienen amplias facultades, las mismas que el legislador orientó al fin de la realización de la justicia. Sin embargo, si bien el ejercicio de estas potestades es privativo de la fiscalía, muchas diligencias deben ser sometidas al criterio y autorización judicial, que durante la indagación previa es el juzgado de garantías penales que se designe mediante el sorteo correspondiente. Estas solicitudes versan sobre la limitación de derechos y garantías procesales ordenadas por la Constitución y la ley.

12. El debido proceso consiste en el cumplimiento de condiciones establecidas en la normativa jerárquicamente superior, que se conforma por la Constitución de la república e instrumentos internacionales de derechos humanos; empero, existen normas que contienen garantías de debido proceso que no comparten tal jerarquía, como el Código de Procedimiento Penal y hasta el código sustantivo de la materia, como por ejemplo el

indubio pro reo, que se contiene en la norma sustancial. De ellas depende la validez del proceso, y su violación podría degenerar en la declaratoria de nulidad de todas las actuaciones procesales que se oponen a ellas, lo cual impide la finalización del proceso penal y obliga a los operadores de justicia a retraer los procedimientos al tiempo en que se origino la violación de la garantía y la consecuente nulidad; en todo caso la potestad de determinar la anulación del proceso corresponde a las autoridades jurisdiccionales que ejercen la competencia en el marco de la ley, si así se decide, corresponde declararla a costa de la autoridad que ha provocado la violación o la omisión que la motivan. El cumplimiento de las condiciones, principios y garantías procesales permite dotar a los procesos penales de total validez, mientras más adecuado es el respeto de tales normas y garantías, mayor será su legitimidad.

13. El cumplimiento del debido proceso supone la igualdad y oportunidad de la defensa, el acceso a las herramientas necesarias para el desarrollo y planteamiento de una defensa adecuada, y el conocimiento oportuno de las diligencias que se ordenan, permiten al acusado y su defensa determinar sus tácticas y la estrategia que mejor conviene a la defensa de sus derechos. Adicionalmente, es necesario que la defensa haga valer sus derechos mediante la participación activa en las investigaciones, la solicitud de diligencias y el cabal conocimiento de los detalles del expediente y consecuentemente la teoría del caso de la fiscalía. Otra de las manifestaciones formales y técnicas del debido proceso consiste en asegurar la libertad de los sujetos, a menos que se pudiera poner en riesgo la finalización del juicio, en cuyo caso, la privación de libertad y otras medidas cautelares pueden ser dictada de conformidad con la ley. Sin embargo, toda limitación de este derecho se encuentra garantizada por una serie de principios y normas constitucionales, adjetivas y sustantivas que obligan a los operadores de justicia a verificar el cumplimiento de requisitos previos y de ejecución de medidas cautelares de privación de libertad. Además de la prisión preventiva, durante el proceso penal y sus etapas de

ejecución, los sujetos juzgadores tienen la potestad de ordenar medidas sustitutivas que implican la limitación de algunos derechos y en definitiva de la libertad.

14. El principal objetivo de los principios de debido proceso es evitar la condena de inocentes, quienes no puedan acceder a una defensa adecuada conforme a sus intereses. Los enunciados que componen al debido proceso buscan garantizar la presunción de inocencia y constituyen reglas plenamente establecidas que obligan al Estado, como titular de la acción penal pública, a cumplir con un proceso justo, los acusados se benefician de tales reglas ya que, los representantes estatales deben responder por la violación de tales garantías, no sólo mediante la declaratoria de nulidad, sino con las consiguiente responsabilidades. La presunción de inocencia, es quizás la garantía de debido proceso más importante; permite y obliga a los operadores de justicia a probar fehaciente y suficientemente las imputaciones y acusaciones. Ordena la certeza como principal requisito para la finalización de un proceso penal.

15. El debido proceso se ha recogido en textos normativos en toda la jerarquía normativa, principalmente en las Constitución de la República, leyes orgánicas, códigos adjetivos y tratados de derecho internacional. En los textos constitucionales de todos los países se ha consagrado los principios que se han desarrollado a lo largo de la historia y que sirven a los ciudadanos para protegerse ante cualquier abuso procesal por parte del Estado. Tales normas, conforman el Contrato Social de los Estados, quienes se obligan a respetarlos. Adicionalmente, se ha desarrollado tales principios de forma que se aplican con nivel supranacional, se han reconocido en tratados de derecho internacional, los mismos que tienen vigencia en nivel mundial, regional y subregional. Se han desarrollado sistemas de protección de derechos humanos como en el caso de la Organización de los Estados Americanos, que cuenta con una Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos; que entre otras prerrogativas

vigila el cumplimiento del debido proceso. El debido proceso se manifiesta en garantías y principios constitucionales, depende de manera directa del cumplimiento de derechos, facultades y prerrogativas procesales y no procesales.

16. Se requiere que la indagación previa cumpla con todas las prerrogativas y facultades del debido proceso, lo cual en la actualidad no se garantiza en vista de la casi inexistente actuación de los jueces de garantías penales en esta etapa, por lo que es necesario afianzar el acceso a tales facultades a favor de los sujetos acusados y la defensa, quienes deben poseer los medios más apropiados para la realización y planteamiento de su estrategia. Los fiscales, quienes son las autoridades que conocen las indagaciones previas, deben tener presentes todos los derechos que componen el debido proceso; en general, a pesar de ser la única autoridad que conoce la etapa indagatoria, se requiere mayor participación de los jueces. Quienes son los llamados a hacer valer el debido proceso, por la naturaleza de sus funciones. En la actualidad la participación de los jueces durante la indagatoria se limita a autorizar la limitación de derechos y garantías. Empero, es necesario dotar a la indagación previa de mejores mecanismos para el cumplimiento de tales funciones inherentes a su naturaleza.

17. De las entrevistas realizadas podemos concluir que dos de los encuestados piensan que es importante reformar el Código de Procedimiento Penal con dos objetos, el de compaginar todas las garantías constitucionales de debido proceso en la indagación previa, y el de dotar de un régimen jurídico más claro. En todo caso, es necesario determinar el papel de la indagatoria durante el proceso penal. Si es necesario determinar que, con su carácter pre procesal, sea considerada como una parte esencial del procedimiento. Además, los entrevistados coinciden en que la etapa de indagación previa permite al fiscal operar una investigación acorde a tácticas y a una estrategia, le permite asegurar la evidencia y plantear una teoría del caso.

5.2 Recomendaciones

1. Es necesario enfocar una reforma procesal que considere a la indagación previa como una etapa necesaria en el proceso, con el fin de respetar a cabalidad el debido proceso y de dotar de legitimidad a una investigación correctamente enfocada y que arrojará mejores resultados. En la actualidad, y por la vaga estructura que la ley adjetiva ordena para la indagación previa, los fiscales impiden el pleno ejercicio de tales garantías, por lo que es imperante una reforma, que permita que el cumplimiento de las garantías de debido proceso y penales en todos los procesos que se inicien por acción pública. Es necesario determinar los principios y demás normas que se aplican al debido proceso, ampliar su inclusión en el Código de Procedimiento Penal, estableciendo un mayor número de normas para su desarrollo, que en la actualidad no se encuentra completamente regulado.
2. Es necesario que la apertura de la indagación previa, no se haga mediante una simple resolución fiscal, ya que el procedimiento penal es esencialmente oral y contradictorio. El derecho a la defensa se debería ejercer desde el inicio en caso de ser necesario, para lo cual se requiere una notificación del inicio a favor de los presuntos autores, cómplices y encubridores. La normativa que se incorpore a la ley adjetiva penal, deberá contener, normas claras y bien determinadas sobre la duración de la indagatoria, de las facultades del fiscal durante su desarrollo, de la potestad judicial desde el inicio del proceso, entre otros aspectos que el legislador identifique.

REFERENCIAS

- Bachmaier, L. (2008). *Proceso penal y sistemas acusatorios*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Benalcazar Guerrón, Juan Carlos, Revista Judicial Diario La Hora, en www.derechoecuador.com
- Caffareta, J. (2008). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Córdoba-Argentina: Universidad de Córdoba.
- Cajas, A. (2009). *El juicio oral como garantía del debido proceso en materia penal en el Ecuador*. Loja-Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Madrid-España: Ed. Trotta S. A.
- Guerrero, W. (2004). *Derecho Procesal Penal*. Quito-Ecuador: Ed. Pudeleco.
- Levenne, R. (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal, Tomo I*. Buenos Aires-Argentina: Ed. De Palma.
- Mir Puig, S. (2003). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona-España: Ed. TECFOTO SL.
- Quisbert, Ermo, Las garantías en el proceso penal, en revista Crítica, Año I No. 3 Septiembre 2001, La Paz.
- Saavedra, L. (editor) (2009). *Nuevas Instituciones del Derecho Constitucional Ecuatoriano*. Quito-Ecuador: INREDH.
- Santos, J. (2009). *El debido proceso penal*. Quito-Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Vázquez, J. (1995). *Derecho Procesal Penal, Tomos 1 y 2*. Santa Fé-Argentina: Ed. Rubinzal-Culzoni.
- Zaffaroni, E. (2002). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires-Argentina: Ediar.
- Zavala, J. (2002). *El Debido Proceso Penal*. Guayaquil-Ecuador: Edino.
- Zavala, J. (2006). *Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo VII*. Guayaquil-Ecuador: Ed. Edino.

ANEXOS

ANEXO I

Entrevista al Dr. Francisco Moreno Arévalo, Abogado Profesional en libre ejercicio

- 1. La Indagación previa sin ser una etapa del proceso penal, constituye una fase a favor del fiscal que conduce una investigación ya que cuenta con un tiempo adecuado, debiendo respetar los derechos y garantías constitucionales. ¿Cuál debe ser la postura del fiscal, de la policía, de los jueces y de los otros sujetos procesales, frente a las investigaciones, frente a los hechos, y especialmente frente a las personas? ¿Cuáles son las principales estrategias para cumplir con el fin de la investigación?*

Sobre todo se debe salvaguardar los derechos humanos de las personas involucradas en los hechos investigados, para poder llevar una mejor investigación los señores Agentes de la Policía Nacional, deberían de tener conocimientos como mínimo de derecho, las estrategias serian tomar como principio la veracidad de lo que posiblemente se puede investigar.

- 2. Considerando que el procedimiento penal se conforma de varias etapas, cada una mantiene su utilidad y función. ¿Cuál considera que es el objeto de la indagación previa, frente a los principios y garantías procesales? ¿Cómo éste se refleja en las demás etapas del procedimiento, con especial referencia a la instrucción, y el juicio?*

Se supone que la fase de indagación previa es cuando se tiene elementos y convicciones que posiblemente se haya cometido un presunto delito, lo que conlleva a realizar una investigación mucho más objetiva y real sobre los hechos, de esa forma el Fiscal puede obtener datos certeros sobre el hecho investigado para ver si procede o no la apertura de la etapa de instrucción fiscal, pero siempre salvaguardando los derechos y garantías que nos da la Constitución y el Código de Procedimiento Penal en lo que respecta al debido proceso.

3. *Considerando que la indagación previa es de carácter reservado. ¿Cuál considera usted desde la función que realiza sobre la necesidad de la defensa de contar con todos los medios y oportunidad para la preparación de sus argumentos?*

Como abogado en libre ejercicio profesional, pienso que dentro de la fase de indagación previa las partes deberían de tener acceso libre a toda la fase investigativa como lo establece la Constitución de la Republica en su Art. 76, literal d, en caso de que se violare dicho procedimiento estaríamos violando la misma Constitución en su Art. 76, numeral 4.

4. *Tomando en cuenta que la indagación previa actualmente no se considera como etapa del proceso penal propiamente dicha. ¿Considera usted que existe la necesidad de reformar la estructura del proceso vigente y hacer a la indagación parte integral del proceso penal? Si considera que tal necesidad existe, ¿cuál debe ser el tratamiento jurídico que se le debe adecuar?*

Considero que en base a la pregunta anterior, la Constitución de la republica es clara, no se puede violentar los derechos de ninguna persona, creo la fase de Indagación Previa debería ser compaginada con los derechos establecidos en la Constitución y regulada por el Código de Procedimiento Penal.

ANEXO II

Entrevista al Ab. Esteban Yépez Navas, Asesor del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

- 1. La Indagación previa sin ser una etapa del proceso penal, constituye una etapa pre procesal a favor del fiscal que conduce una investigación ya que cuenta con un tiempo adecuado, debiendo respetar los derechos y garantías constitucionales. ¿Cuál debe ser la postura del fiscal, de la policía, de los jueces y de los otras partes, frente a las investigaciones, frente a los hechos, y especialmente frente a las personas? ¿Cuáles son las principales estrategias para cumplir con el fin de la investigación?*

El fiscal en su calidad de investigador es el jefe de la indagación, a su cargo se encuentran todas las diligencias investigativas. Entre sus principales facultades están las de disponer la práctica de las diligencias, en vista que la indagación previa se realiza sobre la materialidad de la infracción y la responsabilidad de presuntos autores, cómplices o encubridores, que de encontrarse ameritan la apertura de una instrucción fiscal. El agente fiscal debe adoptar una posición que le permita evaluar los hechos y levantar una hipótesis del caso, la misma que deberá ser comprobada mediante las diligencias previstas en la ley.

Muchas veces la Policía, y específicamente la Policía Judicial se encarga de la realización de las diligencias indagatorias por delegación fiscal. Ellos, al ser simples agentes investigadores no tienen control de las diligencias, es por eso que los fiscales les delegan actividades particulares en que no tienen margen de decisión y que son taxativas, no pueden extralimitarse y practicar diligencias que el representante del ministerio público no le ha delegado. Durante la indagación previa, en la mayoría de casos, los fiscales disponen tal delegación. Durante la indagación previa, los jueces no tienen mayor participación, es el fiscal quien está en control de incipiente proceso penal, sin embargo muchas veces las diligencias de investigación requieren la autorización de jueces, so pena de que los recaudos no puedan hacerse valer durante la etapa de juicio.

Su postura debe ser la imparcialidad, como en todas las materias, que como resultado más importante es la eficacia de las diligencias que sean autorizadas por los jueces.

Los otros sujetos procesales, como por ejemplo el acusador particular, que en la indagación todavía debe ser considerado como la víctima, y los imputados, deben mantener posiciones acordes a su calidad. Por ejemplo, el primero puede presentar pedidos de diligencias probatorias, siempre sujetas al criterio del fiscal. Asimismo, el imputado puede solicitar las diligencias que requiera para justificar su inocencia o los atenuantes.

El fiscal debe adoptar estrategias respecto de la conservación de los recaudos, indicios y huellas que le permitan mantener y conservar aquellos que se presenten en el lugar de la infracción. Además, debe mantener reserva de los resultados de los procedimientos. La principal estrategia es encontrar los métodos idóneos para determinar elementos que indiquen alguna responsabilidad, la indagación previa que no encuentra responsables es un proceso infructuoso.

Tal estrategia se manifiesta, por ejemplo, en diligencias de identificación de personas. Además la toma de versiones de las personas que presenciaron los hechos. Todas estas actividades permiten al fiscal alcanzar su estrategia, además dependiendo del criterio del fiscal, se adoptan muchas otras tácticas.

- 2. Considerando que el procedimiento penal se conforma de varias etapas, cada una mantiene su utilidad y función. ¿Cuál considera que es el objeto de la indagación previa, frente a los principios y garantías procesales? ¿Cómo éste se refleja en las demás etapas del procedimiento, con especial referencia a la instrucción, y el juicio?*

La indagación previa pretende recaudar los elementos suficientes que permitan alcanzar la presunción sobre la materialidad de los hechos y sobre la

responsabilidad. En este contexto es necesario que el fiscal y los jueces que participen de la indagación respeten las garantías del debido proceso, por ejemplo, las detenciones tan sólo se pueden hacer con fines investigativos, y nunca podrán exceder de las veinticuatro horas, además en todos los casos el levantamiento de sigilo bancario, de correspondencia o de telecomunicaciones se requiere una calificación por parte del juez.

Durante la instrucción fiscal, el agente debe realizar nuevas investigaciones que se relacionan directamente a la indagación previa y a los recaudos que se han conseguido durante ésta, las mismas que podrían no tener fuerza probatoria si se han dado en detrimento de los derechos y garantías constitucionales, por lo tanto muchas de las actuaciones durante la instrucción podrían afectarse de la inoperancia probatoria. Si no se ha convalidado la actuación procesal del fiscal y las nulidades probatorias persisten, la teoría del caso podría no prosperar. Se invalida el contenido de las pruebas, aunque podrán contener la manifestación clara de las circunstancias de la infracción, durante la etapa de juicio, el juzgador deberá desconocer totalmente su valor probatorio.

3. Considerando que la indagación previa es de carácter reservado. ¿Cuál considera usted desde la necesidad de la defensa de contar con todos los medios y oportunidad para la preparación de sus argumentos?

Se permite a los denunciados en una indagación previa señalar casilla judicial, esto es una garantía definitiva en un proceso judicial que inicia, se permite el conocimiento de todas las resoluciones fiscales que se ordenen.

La reserva de la indagación previa encuentra su excepción elemental, el cumplimiento del derecho de la defensa. Fundamentalmente, la indagatoria reconoce el cumplimiento de los derechos como la libertad y sus consecuentes garantías. Por ejemplo, tan sólo se puede efectuar la detención con fines investigativos.

Tener estas libertades en la defensa permite tener conocimiento oportuno del contenido de la investigación, la defensa suele solicitar diligencias probatorias, sometidas al criterio de la fiscalía, quien finalmente las ordena.

4. Tomando en cuenta que la indagación previa actualmente no se considera como etapa del proceso penal propiamente dicha. ¿Considera usted que existe la necesidad de reformar la estructura del proceso vigente y hacer a la indagación parte integral del proceso penal? Si considera que tal necesidad existe, ¿cuál debe ser el tratamiento jurídico que se le debe adecuar?

Si bien no es necesaria en ningún proceso penal, la indagación previa siempre sirve como herramienta de los fiscales para fundamentar una investigación y una teoría del caso. Muchas de las garantías que enunciamos previamente no tienen cumplimiento total.

Es necesario ampliar la práctica de las garantías procesales, especialmente de acceso a la defensa. Muchas veces la reserva de la indagación es excusa de los funcionarios del Min para impedir el conocimiento de los expedientes. Por lo que se requiere una reforma hacer de la indagación previa, más que una etapa del proceso, una institución jurídica, con reglas más claras. Actualmente el Código se refiere a la indagación previa en tan sólo una norma jurídica, es necesario por lo menos dedicarle un título con un régimen jurídico claro y no susceptible de interpretaciones extensivas.

Es necesaria una reforma para dotar a la indagación previa de practicidad jurídica y pragmática.

ANEXO III

Entrevista al Dr. José Luis Jaramillo Calero, Fiscal asignado a la Fiscalía Especializada de Delincuencia Transnacional e Internacional.

- 1. La Indagación previa sin ser una etapa del proceso penal, constituye una fase a favor del fiscal que conduce una investigación ya que cuenta con un tiempo adecuado, debiendo respetar los derechos y garantías constitucionales. ¿Cuál debe ser la postura del fiscal, de la policía, de los jueces y de las personas involucradas, frente a las investigaciones, frente a los hechos, y especialmente frente a las personas? ¿Cuáles son las principales estrategias para cumplir con el fin de la investigación?*

Considero que la indagación previa se constituye en un importante instrumento procesal que la ley pone al servicio de la investigación técnica del delito; al tratarse de una fase preprocesal regulada por la ley esta debe ser aprovechada por el titular del ejercicio de la acción penal de manera técnica, para cuyo efecto la planificación de la investigación se constituye en una verdadera herramienta al servicio del fiscal, en esta se debe realizar una adecuada valoración del hecho que ha llegado a conocimiento de la fiscalía, se debe definir una hipótesis criminal, se debe estructurar un cronograma valorado de actividades investigativas a desarrollar, en la que se fijarán tiempos, responsables y productos a alcanzar, los mismos que serán medidos a través de la aplicación de indicadores; en consecuencia la estrategia siempre será la definida en la planificación para la obtención de los resultados planteados que en esta fase deben ser los siguientes:

- Valoración del hecho.
- Exclusión de obstáculos legales para el ejercicio de la acción (cuestiones prejudiciales o de procedibilidad, prescripciones, prohibiciones expresas, etc.
- Identificación de una o varias personas a las que se les pueda atribuir objetivamente el hecho.

- Oportunidad y mínima intervención penal (lesividad o trascendencia)
- Aseguramiento de evidencia.
- Protección de víctimas, testigos y otros intervinientes y;
- Conformación de equipo técnico para la investigación.

2. *Considerando que el procedimiento penal se conforma de varias etapas, cada una mantiene su utilidad y función. ¿Cuál considera que es el objeto de la indagación previa, frente a los principios y garantías procesales? ¿Cómo éste se refleja en las demás etapas del procedimiento, con especial referencia a la instrucción, y el juicio?*

Conforme manda nuestra Constitución de la República y leyes menores como el Código Orgánico de la Función Judicial y el Código de Procedimiento Penal, corresponde garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas en todas las fases o etapas del proceso penal incluso en la fase previa, en consecuencia de requerir la ejecución de acciones investigativas que impliquen limitación de los derechos fundamentales de las personas, el fiscal previamente deberá requerir la autorización correspondiente al Juez de Garantías Penales, a quien la constitución y la ley asignan atribuciones garantistas durante la fase de indagación e incluso en la etapa de instrucción fiscal; la inobservancia de estos principios acarrea la contaminación de la investigación que es el camino a la verdad procesa con el fruto del árbol envenenado y podríamos incluso estar expuestos a la aplicación de una cláusula de exclusión.

3. *Considerando que la indagación previa es de carácter reservado. ¿Cuál considera usted desde la función que realiza sobre la necesidad de la defensa de contar con todos los medios y oportunidad para la preparación de sus argumentos?*

El principio de reserva hace relación básicamente a las actuaciones fiscales de investigación, sin embargo este se aplica únicamente para terceros que no se encuentren relacionados con la investigación del hecho que motiva la Indagación Previa esto para garantizar los resultados de una investigación técnica, la preservación de evidencias y la seguridad de las personas que podrían aportar con información relevante, sin embargo también la reserva tiene como propósito precautelar el buen nombre de las personas relacionadas con el hecho que se investiga, debido justamente a la estigmatización pública que una investigación penal provoca en las personas.

4. Tomando en cuenta que la indagación previa actualmente no se considera como etapa del proceso penal propiamente dicha. ¿Considera usted que existe la necesidad de reformar la estructura del proceso vigente y hacer a la indagación parte integral del proceso penal? Si considera que tal necesidad existe, ¿cuál debe ser el tratamiento jurídico que se le debe adecuar?

3. La naturaleza de un proceso penal como medio del que se sirve el Estado para administrar justicia en materia penal (único) exige una actuación responsable por parte de la autoridad pública a la que la Constitución asigna el ejercicio de la acción (facultad pública para movilizar el poder punitivo del Estado) por esta razón es menester que esta potestad se ejercite sobre la base de elementos sólidos a efectos incluso de dar cumplimiento a los principios de mínima intervención penal, oportunidad, responsabilidad, eficiencia y eficacia en la administración de justicia penal, por esta razón considero que el proceso penal no debe incluir como etapa procesal a la indagación previa ya que esta debe ser considerada como una verdadera herramienta legal al servicio de la fiscalía para el desarrollo de una eficiente investigación, de la que se obtendrán los elementos suficientes que motiven el eventual ejercicio de la acción penal, lo que cabe discutir es la necesidad de alcanzar estándares de eficiencia en el

aprovechamiento de esta fase, para lo cual se recomienda el desarrollo de manuales y protocolos de planificación.