

# La litigación penal oral en la defensa técnica del procesado en delitos de microtráfico de drogas

Carmen Elizabeth Balladares Sánchez<sup>1</sup>; Christian Danilo Gavilanes Domínguez<sup>2</sup>

## Resumen

El problema se configura porque hay insumos teóricos y doctrinarios, que se pueden aplicar a la defensa y que versan específicamente sobre el delito de tráfico de drogas en mínima escala, como es el caso de la atipicidad por el incumplimiento de los elementos objetivos del tipo penal, las causas de exclusión de tipicidad o error de tipo, inclusive causas de exculpación. Al no tomarse en cuenta estos insumos, no se podría asesorar efectivamente a la persona procesada, con relación a las ventajas o desventajas para que se someta al procedimiento abreviado, esto lleva a que no permite configurar una defensa técnica eficiente para que los defensores y/o abogados en libre ejercicio, puedan desenvolverse en la dinámica de la litigación penal. El objetivo principal del presente análisis se enmarca bajo la consigna de establecer al Modelo de defensa estratégica de litigación penal para delitos de tráfico de mínima escala de drogas. Las principales interrogantes que surgen dentro del estudio se asocian: ¿Cuáles son los fundamentos doctrinarios que se pueden manejar respecto de los delitos de tráfico de drogas en mínima escala?; ¿Cuáles son los elementos que configuran un modelo de estrategia de defensa en litigación oral? El presente documento científico, se determina en un orden teórico descriptivo de carácter documental, puesto que en este proceso se ha llevado a cabo una indagación, estructuración, tratamiento de la información y un escrutinio de varios documentos electrónicos y bibliografía respecto de la litigación penal, con el fin de crear un modelo y materializarlo en la práctica, con el fin de alcanzar una eficiente defensa técnica en cuanto a los delitos de tráfico de drogas en mínima escala. En cuanto a los resultados, se determina que la teoría del caso, es el factor principal que determinará el éxito del juicio. Esto por cuanto, el proceso penal es uno de conocimiento, es decir, conforme van avanzando sus etapas, se obtienen vestigios, evidencias, elementos de convicción, y prueba que permitirán arribar a una verdad procesal. Esta última permite identificar las circunstancias del hecho punible, u objeto de investigación, la identidad de los autores, y demás aspectos propios de la investigación penal.

**Palabras clave:** Litigación penal, juicio oral, prueba, teoría del delito, modelo de litigación.

## Oral criminal litigation in the technical defence of the defendant in drug micro-trafficking offences

### Abstract

The problem arises because there are theoretical and doctrinal inputs that can be applied to the defence and that deal specifically with the crime of small-scale drug trafficking, such as the case of atypicality due to non-compliance with the objective elements of the criminal type, the causes of exclusion of criminality or error of type, including causes of exculpation. If these factors are not taken into account, it is not possible to effectively advise the defendant on the advantages or disadvantages of submitting to the abbreviated procedure, which means that it is not possible to set up an efficient technical defence so that defence lawyers and/or lawyers in free practice can develop in the dynamics of criminal litigation. The main objective of this analysis is to establish a strategic defence model for criminal litigation for small-scale drug trafficking offences. The main questions that arise within the study are associated with: What are the doctrinal foundations that can be handled with respect to drug trafficking offences on a minimum scale? What are the elements that make up a model of defence strategy in oral litigation? This scientific document is determined in a descriptive theoretical order of a documentary nature, since in this process an investigation, structuring, treatment of information and a scrutiny of various electronic documents and bibliography regarding criminal litigation has been carried out, in order to create a model and materialise it in practice, with the aim of achieving an efficient technical defence in terms of drug trafficking offences on a minimum scale. In terms of results, it is determined that the theory of the case is the main factor that will determine the success of the trial. This is because the criminal process is one of knowledge, that is to say, as its stages progress, traces, evidence, elements of conviction and proof are obtained that will allow us to arrive at a procedural truth. The latter makes it possible to identify the circumstances of the punishable act, or object of investigation, the identity of the perpetrators, and other aspects of the criminal investigation.

**Keywords:** Criminal litigation, oral trial, evidence, theory of crime, litigation model.

**Recibido:** 30 de septiembre de 2022

**Aceptado:** 15 de diciembre de 2022

<sup>1</sup> Pontificia Universidad Católica del Ecuador, <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0003-1705-0218>; [lizzzz15@hotmail.com](mailto:lizzzz15@hotmail.com)

<sup>2</sup> Pontificia Universidad Católica del Ecuador, <https://orcid.org/0000-0002-2427-9902>, [cgavilanes@pucesa.edu.ec](mailto:cgavilanes@pucesa.edu.ec)

Autor de correspondencia: [lizzzz15@hotmail.com](mailto:lizzzz15@hotmail.com)

## I. INTRODUCCIÓN

Existen defensores que, pese a que existe una exclusión de tipicidad o exculpación, pese a ello les conminan a que se sometan a un procedimiento abreviado lo cual vulnera el derecho del procesado a tener un juicio justo. Esto incumpliría con los presupuestos establecidos inclusive en los precedentes vinculantes y obligatorios de la Corte Constitucional, haciendo referencia específicamente respecto de la Sentencia N ° 189-19-JH y acumulados/21, la que desarrolla en su párrafo 80.10 que los defensores públicos y privados, deben evaluar los elementos de convicción que obren del expediente y, con base en esa información, se asesore a la persona procesada respecto de las ventajas o desventajas de someterse al procedimiento abreviado.

El problema se configura porque hay insumos teóricos y doctrinarios, que se pueden aplicar a la defensa y que versan específicamente sobre el delito de tráfico de drogas en mínima escala, como es el caso de la atipicidad por el incumplimiento de los elementos objetivos del tipo penal, las causas de exclusión de tipicidad o error de tipo, inclusive causas de exculpación. Al no tomarse en cuenta estos insumos, no se podría asesorar efectivamente a la persona procesada, con relación a las ventajas o desventajas para que se someta al procedimiento abreviado, esto lleva a que no permite configurar una defensa técnica eficiente para que los defensores y/o abogados en libre ejercicio, puedan desenvolverse en la dinámica de la litigación penal.

A modo explicativo, el objetivo principal del presente análisis se enmarca bajo la consigna de establecer al Modelo de defensa estratégica de litigación penal para delitos de tráfico de mínima escala de drogas. Las principales interrogantes que surgen dentro del estudio se asocian: ¿Cuáles son los fundamentos doctrinarios que se pueden manejar respecto de los delitos de tráfico de drogas en mínima escala?; ¿Cuáles son los elementos que configuran un modelo de estrategia de defensa en litigación oral?

### Marco referencial

#### Perspectiva estratégica del juicio

La litigación en juicios orales se reconoce como un ejercicio puramente estratégico. Esta percepción ha causado incomodidad en la cultura jurídica de corte tradicional, porque siempre se ha concebido al juicio

penal como un ejercicio de la aproximación a la verdad (Ahijado, 2022). Desde esta perspectiva, la crítica se remonta en el sentir de que no hay nada estratégico respecto de la verdad, porque específicamente se encuadra en saber quién es culpable o inocente (Arandia, 2022). Ahora la perspectiva más actual se asienta es que la verdad se encuentra en el pasado y nadie podría conocerla (Cahuata, 2021). Los hechos que configuran el delito y las circunstancias encierran complejidad, por lo tanto, se reconoce que, a ciencia cierta, nunca se podrá determinar en su integralidad la verdad de los hechos.

En cuanto al delito y sus circunstancias, lo más cercano que se puede tener respecto al hecho, son las versiones de lo que podría haber ocurrido (Campana-Añasco, 2022). Esto en razón de que el imputado expone una versión, la víctima tiene otra, la policía actúa en razón de su competencia y los testigos, cumplen su labor en la dinámica del proceso penal (Campisi, 2022). En cuanto a la práctica de los jueces para tomar una decisión; en ocasiones adoptan la versión completa de una de las partes o lo hacen tomando la versión de cada una de estas (Cano & Concellón, 2020). Sin embargo, esto no lleva a que se pueda aseverar que, cuando el juez emite una sentencia, efectivamente descubre la verdad.

### Prueba

Se puede entender que el juicio es un ejercicio estratégico, porque la prueba no se hace efectiva por sí sola (Cañaverl, 2021). La prueba se debe presentar y que se ponga al servicio del relato, respecto de lo que podría haber ocurrido (Cerquín & Huamán, 2021). Cuando se refiere que la litigación de juicios es un ejercicio estratégico, no se intenta en ningún sentido plantear una receta para que se engañe al tribunal (Chaia, 2020). Al contrario; se quiere evidenciar que, si el tribunal tiene alguna oportunidad de encontrar la verdad, esto depende de que las partes se pueda presentar un relato coherente, claro, completo y creíble con relación a los hechos. Esta realidad, es la que se determina en el sistema acusatorio (Cittadini).

En base a lo dispuesto, la labor del abogado se determina en hacer llegar el mensaje, y el mecanismo natural para que se transmita el relato (Flores, 2022). Pero para el litigante, no le bastará que la historia sea entretenida o interesantes, sino que se transmita al tribunal la versión que más sea fiel a los

hechos y la interpretación de la teórica más adecuada y justa. Sobre esto último, efectivamente hace imperativo, que se cuente con las bases doctrinarias pertinentes, que permitan configurar una estrategia efectiva (Espinoza, 2018). El juicio oral se reconoce vertiginoso, por tanto, no se reserva piedad para los abogados o defensores, que no sepan que hacer en el momento exacto (Echeverría, 2018). Abandonarse a la intuición o al talento es un error que se traduce en sentencias desfavorables, para la defensa técnica que pensaba podría improvisar en el momento.

### **La narración histórica**

El juicio oral se caracteriza como la construcción del relato en que los actores aportan una parte de la historia (Estrella & Estephanie, 2019). Sin embargo, los litigantes, además de los hechos, toman en cuenta teorías jurídicas (Flores, 2022). Hacer una distinción que encaje en cuál parte del juicio oral, respecto de los hechos y derecho, no se determina como algo inocuo, sino que efectivamente se hace una diferenciación entre un buen o mal litigante.

Cuando se persiga la condena o la absolución de una persona, se lleva a cabo a partir de una herramienta particular, que en este caso es la ley (Morales, 2020). Para el juez, pueden ser buenas o malas las razones que se den en relación del defendido, en la medida de que se obedezca y se obligue a obedecer los mandatos de la ley.

La ley, de la misma manera, se determina en una gran cantidad de teorías jurídicas, entendiendo estas proposiciones abstractas que buscan un correlato, respecto de la realidad de los casos a los que se pretende subsumir (Nogales, 2018). Uno de los principales problemas que se verifica en el juicio es que busca satisfacer ciertas teorías jurídicas y estas se determinan en abstracciones que se alejan de los hechos respecto de la prueba.

La ley desarrolla teorías jurídicas respecto de disímiles cosas; como cuando la responsabilidad de un delito debe ser atenuada o cuando un homicidio está exento de la responsabilidad penal, o como en el caso, cuando se configura una figura penal agravada (Nuñez et al., 2022). En general, el listado se reconocería infinito, porque se reconoce como construcciones teóricas en razón de la ley y constituyen razones visibles de ser deducidas por un tribunal para que se respalde la pretensión del

litigante.

Cuando se dice que las teorías jurídicas son complejas, se hace referencia en primer lugar, a que la mayoría se constituyen por grupos de elementos, como en el caso de la tipicidad del robo, que consiste en a) apoderarse de una cosa; b) mueble; c) ajena; d) por medio de fuerza o intimidación; e) con ánimo de lucro (Reyes et al., 2020). De esta manera, cuando se quiere pedir al tribunal que considere una teoría, se entiende que todos los elementos que la conforman se deben cumplir, como en el caso del robo.

En segundo lugar, los elementos abstractos y generales, se consideran en función de categorías o conductas y a grupos de sujetos, de manera que se constituyen proposiciones que no se pueden probar (Riaza & Ladaria, 2019). Sino que más bien, se determina como conclusiones por la que el juez debe extraer los hechos a través de los acervos probatorios.

Lo que se puede verificar, es que las teorías jurídicas, no hacen referencia a una historia específica, porque se determinan como abstractas y generales, lo que lleva a que se pueda configurar una infinidad de historias (Roller, 2022). De un lado, se encuentran los relatos, desprovistos de conclusiones jurídicas, de otro lado las teorías y los elementos que las conforman, no se encuadran en un contenido de hecho específico.

### **Proposiciones fácticas**

Se puede reconocer como una proposición fáctica a la afirmación de un hecho, con relación a un caso concreto, que en el caso de que el juzgador la considere como determinante, se acreditaría la proposición a uno de los elementos de la teoría jurídica (Santiago & García, 2019). Explicado de otra manera, una proposición fáctica es un elemento legal que se reformula en un argot general, que se referencia en una experiencia concreta al caso, respecto de la que un testigo puede declarar (Torres et al., 2020). De esta manera, los relatos de los testigos, estructuran el contenido de las proposiciones fácticas, al mismo tiempo que las proposiciones fácticas deben contenerse en el relato de testigos.

En primer lugar, se deduce que sobre las proposiciones fácticas recae la prueba. Mientras que la prueba no recae respecto de elementos legales de las teorías jurídicas (Arandia, 2022). Una segunda visión, se da en que, la defensa técnica no puede

contar con una infinidad de proposiciones fácticas, para cada uno de los elementos legales, o solo con una (Cahuata, 2021). Una tercera visión, es que las proposiciones fácticas pueden ser fuertes o débiles. Se reconoce como más fuertes a las que satisfacen el elemento legal para el que se ofrecieron (Campana-Añasco, 2022). Debe apuntarse que la naturaleza o debilidad de la proposición fáctica no se relaciona con que se tenga prueba para que se acredite.

### Test de la superposición

Este tipo de test, se configura para que se evalúe la calidad de una proposición fáctica, mientras más se encuentre la contraparte en condicione de que se superponga a esta proposición fáctica otra interpretación igualmente razonable y creíble de esos hechos, más débil ella es (Campisi, 2022). De esta manera los abogados y defensores, se ven en la necesidad de sustentar versiones alternativas, pero con la condición de que sean razonables y creíbles, puesto que se exigirá prueba de las mismas, dependiendo sobre quien recae la carga sobre la prueba. El punto se centra, en que mientras más se encuentre la contraparte en condiciones de que se ofrezca una versión de la misma manera creíble y razonable a esa proposición fáctica.

Como observación, se puede reconocer que la fortaleza o debilidad de una proposición fáctica, no se puede evaluar con relación a cada una de ellas considerada de manera individual, sino que todas se sopesan unas con otras, tanto en relación con las propias como las de la contraparte (Zavala, 2018). De esta manera, las proposiciones fácticas, se puede parecer en principios muy fuertes, se pueden tornar débiles con el test de superposición, cuando aparecen en el relato otras proposiciones fácticas que ofrecen versiones razonables.

### Prueba

Las proposiciones fácticas que configuran el relato deben ser probado. De esta manera, una cosa es la fortaleza o debilidad de las proposiciones fácticas respecto del test de la superposición y otra diferente cuando se puede probar la proposición. En este sentido, la construcción precisa y clara de la proposición fáctica lleva la prueba que se va a necesitar en el proceso (Cerquín & Huamán, 2021).

### Metodología

El presente documento científico, se determina en un orden teórico descriptivo de carácter documental, puesto que en este proceso se ha llevado a cabo una indagación, estructuración, tratamiento de la información y un escrutinio de varios documentos electrónicos y bibliografía respecto de la litigación penal, con el fin de crear un modelo y materializarlo en la práctica, con el fin de alcanzar una eficiente defensa técnica en cuanto a los delitos de tráfico de drogas en mínima escala. Los documentos que son el fundamento de la presente investigación, se han hecho un acopio cronológico, llevando a estructurar una base de datos que se gestiona a través de gestores bibliográficos y métodos de acopio en cuanto a la bibliografía física. Esta bibliografía se ha obtenido a partir de las más reconocidas editoriales jurídicas, mientras que los documentos electrónicos, son producto de importantes revistas científicas que tienen como temática específica el Derecho y la jurisprudencia.

Las palabras clave que se utilizaron como descriptores de búsqueda, son los siguientes: “Litigación” “Litigación penal” “Sistema acusatorio” “Modelo de defensa” “Juicio oral” “Prueba”. Estos descriptores permitieron extender los criterios de búsqueda, para obtener los insumos pertinentes para llevar a cabo la investigación. Al llevarse a cabo la búsqueda respecto de los documentos en las bases de datos, se hizo una preselección de 37 artículos, de los cuales se filtró site específicos, respecto de criterios de inclusión y exclusión. No obstante, no se tomaron en cuenta artículos que no guardaban un contexto específico respecto de las variables de la investigación y los que no se encontraban indexados en una base relevante. En lo posterior, se ejecutó un análisis específico para determinar los insumos más relevantes que aportarían al presente estudio, logrando configurar los resultados pertinentes, que se determina en un modelo de litigación penal, respecto de los delitos de tráfico de drogas en una mínima escala.

### RESULTADOS Y DISCUSIÓN

#### TEORÍA DEL CASO.

La teoría del caso, es el factor principal que determinará el éxito del juicio. Esto por cuanto, el proceso penal es uno de conocimiento, es decir,

conforme van avanzando sus etapas, se obtienen vestigios, evidencias, elementos de convicción, y prueba que permitirán arribar a una verdad procesal. Esta última permite identificar las circunstancias del hecho punible, u objeto de investigación, la identidad de los autores, y demás aspectos propios de la investigación penal.

En el Art.195 de la Constitución de la República del Ecuador, se incorpora el principio acusatorio. En este sentido a la Fiscalía le corresponde ejercer la titularidad de la acción penal pública, y para ello dirige la investigación penal tanto en su fase pre procesal, como procesal. Este principio exige la intervención de varios sujetos, quienes interactúan en la relación procesal penal, por cuanto, la víctima, defensa, procesado y sobre todo fiscalía deben realizar actividades de investigación, tendientes al esclarecimiento de los hechos. Esto es relevante ya se presenta un sistema de partes, en el que por un lado se encuentra el órgano acusador, representado por la fiscalía, y por otro, el procesado con su defensor, quienes tendrán teorías del caso divergentes. El primero de acusación y el segundo de absolución.

El principio acusatorio, y sistema de partes, conlleva a la ausencia de monopolio respecto de la verdad. Por lo tanto, la fiscalía no puede imponer como verdad en contra del procesado su teoría del caso, sino que esta (verdad) se somete a escrutinio tanto de la parte débil de la relación procesal penal (procesado y defensa), e inclusive del tercero imparcial, denominado juzgador (Bernall Cuéllar, 2013). Entonces, si el órgano acusador no es el dueño de la verdad, se infiere que cada parte, tiene su propia verdad sobre los hechos investigados.

Lo anterior, exige que las partes litiguen en los juicios orales, atendiendo a un ejercicio estrictamente estratégico. Ello comporta varias exigencias y destrezas relacionadas con la litigación oral. Esta no tiene como objeto de estudio únicamente aspectos formales sobre la adecuada manera de realizar un interrogatorio, contra interrogatorio, volumen de voz o dominio de la sala de audiencias. Principalmente versa respecto de la manera correcta de presentar un caso ante los tribunales de justicia.

Con la finalidad de que el presente trabajo de investigación sea práctico, y constituya una herramienta útil, se utilizará un caso hipotético que guarda relación con el tipo penal previsto en el Art.

220 inciso primero, numeral 1 letra a del Código Orgánico Integral Penal, y se aplicarán todos los estándares presentados.

### **i. Caso hipotético.**

El día domingo 2 de octubre de 2022, A quien se dedica a realizar actividades de delibery o entrega de comida a domicilio, es contactado a través de un mensaje de WhatsApp, y se le pide que se acerque a las calles Juan León Mera, y Cevallos para que retire comida, y la traslade al sector del mercado Mayorista. Efectivamente A en compañía de su pareja B, trasladándose en una motocicleta de propiedad del primero, llegan a la primera dirección, se baja de la moto B, una persona quien tenía casco, le entrega una funda negra, le paga tres dólares por el transporte, y B la guarda en su maletín que cargaba. Luego, una vez que se dirigen al segundo lugar, en la Av. Bolivariana mientras la policía realizaba actividades de control y prevención, retiene su marcha y les requisan, encontrando en el interior del maletín dicha funda, que contenía marihuana en 20 gramos.

### **ii. Conocimiento de los hechos objeto de procesamiento penal.**

En la audiencia de formulación de cargos, fiscalía debe presentar los hechos que imputa en contra del procesado. Así lo exige el Art.595 número 2 del Código Orgánico Integral Penal (en adelante Código Orgánico Integral Penal), respecto de los presupuestos de la formulación de cargos (Ecuador, 2014). Estos hechos, constituyen el objeto del proceso penal, y aquello de lo cual el procesado debe defenderse haciendo uso de los diversos mecanismos de defensa que prevé la norma comentada.

Aquí se deberá atender al relato fáctico presentado por la fiscalía. Identificando lugar, fecha, y circunstancias fácticas. Es decir, el defensor debe tener claridad sobre los hechos que han sido imputado en contra de su defendido, a fin de que pueda desplegar una actividad investigativa en su favor, y sobre todo tener la certeza de la imputación de la cual debe defenderse.

En el caso de que el defensor se acredite como tal luego de la audiencia de formulación de cargos, debe presentar un escrito ante el órgano jurisdiccional correspondiente o juez de instrucción, y solicitar copias magnéticas del audio de grabación

de la audiencia de formulación de cargos, fundamentándose para ello en lo que dispone el Art. 576 del Código Orgánico Integral Penal.

Una vez clarificados los hechos imputados por el órgano acusador, el defensor debe comunicarse con su defendido, a fin de conocer su versión sobre dichos hechos. Al hacerlo, debe prestar atención a los detalles respecto de la forma en la que ocurrieron los hechos, la motivación de la persona para cometer el delito, corroborar la veracidad de lo indicado por el agente fiscal, e inclusive identificar posibles pruebas que pudieran ser presentadas en la instrucción fiscal.

### **iii. Estudio del caso y estrategia de defensa.**

El estudio del caso es determinante al momento en el que un defensor asume su rol. Ya que esto le permitirá conocer las posibilidades de defensa que podría utilizar, y así mismo contrarrestar o desacreditar la hipótesis de investigación que presenta el órgano acusador. Fiscalía pese a que debe cumplir con lo previsto en el Art.5 número 21 del Código Orgánico Integral Penal, esto es el principio de objetividad, en la realidad práctica no lo hace, ya que se ha conocido que inclusive se formula cargos sin que exista suficientes elementos de convicción que permitan inferir la existencia de la infracción o la participación de la persona procesada.

Este estudio debe ser realizado con la mayor responsabilidad y diligencia posibles por parte del defensor, ya que de este depende la elaboración de una adecuada estrategia de defensa, y éxito en el juicio. En esta parte, el defensor debe identificar el hecho, realizar un estudio dogmático del tipo penal en relación con el caso en concreto, establecer las posibles hipótesis de defensa a acreditarse, determinación de actuaciones de investigación en favor de la persona, y de ser el caso salidas alternativas al juicio.

#### **a) Estudio dogmático del tipo penal en relación con el caso en concreto.**

##### **Tipicidad objetiva**

- Sujeto activo: Al no exigirse cualificación o calidad alguna para el autor, lo puede cometer cualquier persona. Por lo tanto, es indeterminado. Por lo tanto, en el caso en estudio, procede que A o B sean considerados como autores.

- Sujeto pasivo: Por cuanto el bien jurídico protegido es de orden público, y de conformidad al Art.441 número 1 del Código Orgánico Integral Penal, que considera como víctima a la colectividad, el sujeto pasivo es la sociedad en su generalidad.
- Conducta: La descripción constante en el tipo penal, contiene varios verbos, sin embargo, el rector es traficar. Este tiene diversas modalidades como: ofertar, intermediar, poseer, etc. Sin embargo, este debe estar unido al propósito de comercializar o poner en el mercado la sustancia. En el caso en estudio se verifica atipicidad de la conducta por cuanto, no existe tráfico.
- Elemento descriptivo: Consiste en el propósito de comercializar o poner en el mercado. En el caso en análisis, no se verifica dicho propósito, ya que únicamente realizaban actividades propias de su trabajo, como el transporte y entrega de alimentos.
- Elemento normativo: Corresponde a las tablas que sancionan el tráfico ilícito de este tipo de sustancias. En el presente caso, se verifica la aplicación de esta, para determinar la correspondencia a mínima escala.
- Objeto material: Este es la sustancia catalogada sujeta a fiscalización. En el caso en concreto, se verifica la existencia de esta al corresponder a marihuana.
- Bien jurídico protegido: Por la ubicación en la que se encuentra el tipo, el bien jurídico protegido es el derecho a la salud. Este se encuentra reconocido en el Art.32 constitucional.
- Imputación objetiva: En el caso en concreto puede acudir a criterios de imputación objetiva, con la finalidad de determinar si corresponde o no atribuir una conducta en específico al agente. Es aplicable el principio de confianza, porque dentro de ámbito en el que se realiza la conducta, socialmente no les correspondía verificar la licitud o ilicitud de la conducta de la persona que entregó la marihuana, ya que ambos (A y B), actuaron bajo la confianza de la licitud de lo que ejecutaron. Por lo tanto, no podía imputarse la conducta.

### **Tipicidad Subjetiva.**

El tipo penal previsto en el Art.220 del Código Orgánico Integral Penal, exige que sea cometido con dolo. Es decir, que el agente al realizar con su conducta los elementos objetivos del tipo, lo debe hacer con conocimiento y voluntad. Si se presenta un error en el conocimiento que recaiga en alguno de dichos elementos, si es vencible se excluye el dolo, pero subsiste la culpa, sin embargo, si es invencible excluye la tipicidad.

En el caso en estudio, se verifica que efectivamente se configura un error de tipo vencible, por cuanto, las personas A y B, desconocían que lo que estaban transportando era marihuana, ya que nadie le indicó al respecto, ni tampoco les correspondía verificar si era o no comida, ellos creyeron que era esto último, debido a que así se lo comunicaron en el mensaje de WhatsApp, en el que se solicitaban sus servicios. Por último, hubieran podido añadir mayor diligencia para salir de su error, si hubieran verificado lo que contenía la funda negra. De lo anterior se constata la configuración de un error de tipo vencible, que excluye el dolo, pero subsiste la culpa, sin embargo, al no admitir este tipo modalidad de comisión culposa, la conducta es atípica.

Por cuanto, del análisis dogmático del caso en concreto se verifica que la conducta es atípica por cuanto no se configura el elemento descriptivo, ni la conducta, y por otro lado existe una causa de exclusión de la conducta por error de tipo, la conducta es atípica. Entonces si las categorías del delito son un filtro en el que la falta de una impide continuar con el análisis de los demás estadios, entonces, en el caso en concreto, ya no corresponde continuar con el mismo.

### **Antijuridicidad.**

En el caso de que se haya cumplido la anterior categoría dogmática del delito, corresponde analizar la antijuridicidad. Entendida esta en su dimensión formal como la contravención de la conducta al orden jurídicamente establecido, y en su aspecto material, como la afectación o puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido y relevante para el derecho penal.

Habrà que atender a las circunstancias en específico que se presenten en cada caso en particular. Sin embargo, en el caso hipotético planteado, si se hubiera cumplido la categoría de la

tipicidad, evidentemente también se configuraba la de antijuridicidad, por cuanto, no se verifican causas de exclusión de la misma, como estado de necesidad o legítima defensa. No podría argüirse, que un derecho estaba en peligro (estado de necesidad), ni que haya existido una agresión ilegítima y actual (legítima defensa), ya que como se insiste estas no se configuran en el caso.

### **Culpabilidad.**

Esta categoría consiste en el juicio de reproche que se hace al agente, cuando le era exigible otra conducta conforme a derecho o lícita. Para efectos del caso hipotético planteado, si las personas pertenecían a un contexto normativo o social en el que es legal la tenencia o posesión de la marihuana, podría pensarse un error de prohibición. Esto debido a que esta categoría integra como su elemento el conocimiento de la antijuridicidad del actuar, es decir, que la persona haya conocido o comprendido que su conducta está prohibida por el ordenamiento jurídico vigente.

Así mismo, por cuanto la Carta Fundamental ecuatoriana, reconoce la diversidad cultural, y práctica de costumbres ancestrales, en el supuesto de que la persona tenía como práctica el consumo de sustancias alucinógenas como la marihuana, dependiendo si el error es vencible o invencible, podría llegar a pensarse en una exculpación, o atenuación de la pena.

Por último, el trastorno mental y minoría de edad, exigirá en el primero prueba pericial y otorgamiento de medidas de seguridad, y en el segundo, verificación de la edad, a través de la documentación proporcionada por el Registro Civil, y no se podrá someter a la persona al sistema penal para adultos, sino al de la justicia juvenil.

### **b) Análisis del expediente fiscal.**

Fiscalía en este tipo de casos para acreditar la material y responsabilidad de las personas procesada, atendiendo al tipo penal previsto en el Art. 220 del Código Orgánico Integral Penal, dispone la práctica de las siguientes actuaciones investigativas: i) reconocimiento del lugar de los hechos; ii) análisis químico de las sustancias; iii) Pesaje de la sustancia; iv) versiones de los agentes policiales que intervinieron en la aprehensión.

Todos estos elementos de convicción deben ser analizados a profundidad por parte del defensor, y verificar la existencia o no de un caso sólido por parte de la fiscalía. Es decir, no basta con realizar una revisión somera del expediente, sino que se debe evaluar la existencia o no de pruebas suficientes que podrían ser utilizadas en contra de los procesados. He aquí la importancia de los puntos previos, ya que solo a través de un estudio dogmático del delito, conocimiento profundo de los hechos, e información relacionada sobre posibles actuaciones de investigación en favor de los procesados, se puede avanzar en la elaboración de una adecuada estrategia de defensa. Esto último es propio de la litigación oral.

#### **c) Establecimiento de hipótesis de defensa.**

La hipótesis de defensa, consiste en la determinación de la teoría del caso que se pretende acreditar tanto en la investigación del proceso penal, como ya en la etapa del juicio oral. Una vez cumplidos los pasos previos, el defensor estará en las condiciones mínimas para poder forjar una teoría del caso en beneficio de su defendido.

En el caso hipotético planteado, se perfilan varias teorías del caso que podrían ser presentadas y acreditadas. Ello sobre todo atendiendo a los hechos, elementos de convicción con los que cuenta fiscalía, y posibilidades reales de acceder a prueba en el caso de que sea necesario ello, para acreditar la teoría.

Primera teoría: inadecuación de la conducta a la descripción típica constante en el Art. 220, por falta del verbo rector tráfico.

Segunda teoría: Error de tipo por cuanto desconocían el objeto material del tipo, es decir, la marihuana.

Tercera teoría: Error de prohibición por desconocimiento de la ilicitud de la conducta.

#### **d) Determinación de actuaciones de investigación en favor de la persona procesada.**

En este momento, el defensor ya cuenta con la identificación y selección de la estrategia de defensa a acreditarse a lo largo del desarrollo del proceso penal. Y, por lo tanto, corresponde acreditarla, y de ser necesario se desplegará una actuación de investigación por parte de la defensa.

Es menester hacer referencia al principio

constitucional de presunción de inocencia, que releva a la persona de la carga de la prueba, y la impone al órgano acusador. Entonces, no en todos los casos la defensa debe solicitar actuaciones de investigación, porque esto podría beneficiar a su contrario, el órgano acusador. Sino que debe cumplir los pasos previos, y elegir la teoría y estrategia de defensa más adecuadas, al hecho objeto de procesamiento.

En la primera teoría del caso, relacionada con que existe una inadecuación de la conducta a la descripción típica constante en el Art. 220, por falta del verbo rector tráfico. Este verbo debe ser acreditado por el órgano acusador y, por lo tanto, el defensor no debe aportar elementos que permitan justificarlo. Aquí corresponde ser muy minucioso y metódico, ya que, si se comete el error de proporcionar elementos a la parte contraria, se verá afectado el procesado.

En la segunda teoría del caso, consistente en la configuración de un error de tipo, por cuanto desconocían el objeto material del tipo, es decir, la marihuana, exige acreditación de la misma a través de actuaciones. En el caso en concreto, se podría solicitar una pericia de audio, video, y afines para que sea practicada en el celular, específicamente en los mensajes de audio, a fin de que se proceda a su transcripción. Así mismo, el defensor debe preparar a sus defendidos para que rindan su versión sobre los hechos que se investigan y se les han imputado.

En la tercera teoría del caso, referente a la existencia de error de prohibición por desconocimiento de la ilicitud de la conducta, también exige actuaciones investigativas para su acreditación. Podría solicitarse una pericia antropológica a fin de justificar los rasgos, o creencias culturales de la persona. Así mismo será relevante la versión de la persona procesada, respecto de los hechos.

#### **e) Salidas alternativas al juicio.**

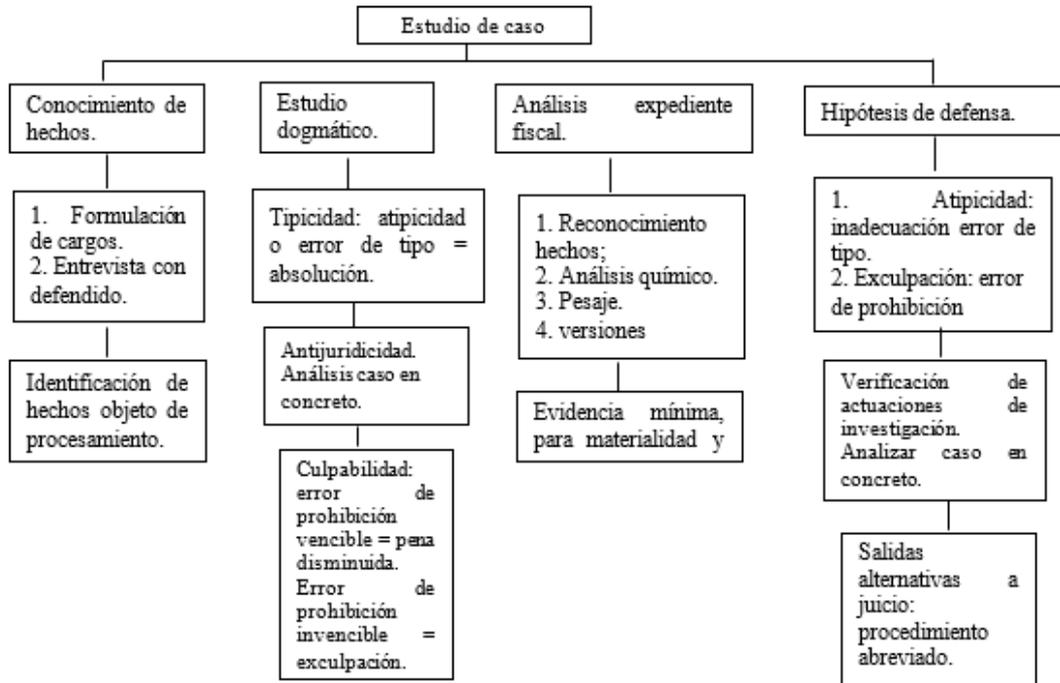
En este punto, el defensor debió haber verificado que fiscalía cuenta con un caso sólido y fuerte, en contra de la procesada. Esta debe ser la medida excepcional, cuando no existen posibilidades reales de obtener una absolución o ratificación de inocencia. Las salidas alternativas al juicio, son aquellas instituciones procesales que permiten el evitar arribar a juicio oral, ya que, de hacerlo existiría una condena en contra de la persona procesada. No siempre se debe esperar el arribar al juicio, por cuanto

ante la solidez del caso de fiscalía, y la inexistencia o debilidad del caso por parte de la defensa, la persona procesada es la que resulta afectada con una condena mayor.

En el caso hipotético planteado y, por otra parte, atendiendo al tipo penal objeto de la presente investigación la única salida alternativa al juicio sería el sometimiento a procedimiento abreviado. Para lo cual el defensor debe cumplir con su rol y obligaciones, que, a más de las indicadas previamente, las constantes en la sentencia Nro.: 189-19-JH y acumulados/21 dictada por la Corte Constitucional del Ecuador. Lo que incluye: i) asegurarse al procesado una comunicación efectiva con su defensor

técnico; ii) el consentimiento de la persona procesada para someterse a este tipo de procedimiento, no debe ser comprometido por su defensor; iii) No engañar a la persona procesada o presionarla para que acepte el someterse a procedimiento abreviado; iv) asegurar una real y efectiva comprensión por parte del procesado, sobre las consecuencias de este tipo de procedimiento, como sus condiciones; v) verificar los elementos de convicción que constan en el expediente fiscal.

**iv. Sistematización de la argumentación referida al estudio del caso y estrategia de defensa**



**v. Conclusiones.**

La litigación oral tiene un amplio campo de aplicación. Sobre todo, tiene una dimensión práctica relacionada con el ejercicio adecuado de defensa en un determinado proceso, independientemente de su naturaleza. Este ejercicio exige un conocimiento profundo del caso en concreto, y el defensor debe ser estratégico respecto de la teoría del caso que va a utilizar en defensa de la persona procesada.

La litigación oral, si bien es cierto exige ciertas destrezas en los intervinientes en el proceso, la mayor y más importante consiste en saber preparar una adecuada estrategia de defensa, que se de ser el caso

será presentada ante los tribunales de justicia, en el juicio oral. Un defensor puede conocer y dominar técnicas de interrogatorio, contrainterrogatorio y en general presentación de la prueba. Pero, nada de esto sería útil sino no tiene un caso sólido que le permita vencer a su contrincante, que es la fiscalía.

No existen, modelos de estudio o análisis de caso, de manera sistemática, y por esa razón en el presente trabajo, se proporcionan insumos o herramientas útiles que permitirán a los defensores, cumplir con su rol o función de manera adecuada y útil para la persona procesada. El utilizar mecanismos alternativos al juicio, como el sometimiento al

procedimiento abreviado, debe constituir el último recurso a utilizar por el defensor, a fin de evitar condenas injustas, bajo la apariencia de un beneficio para el procesado.

La teoría del caso, es el factor principal que determinará el éxito del juicio. Esto por cuanto, el proceso penal es uno de conocimiento, es decir, conforme van avanzando sus etapas, se obtienen vestigios, evidencias, elementos de convicción, y prueba que permitirán arribar a una verdad procesal. Esta última permite identificar las circunstancias del hecho punible, u objeto de investigación, la identidad de los autores, y demás aspectos propios de la investigación penal.

### Bibliografía

- Ahijado, A. (2022). *PROPUESTA DE PROVISIÓN*. ucm. es. <https://www.ucm.es/file/convocatorias-pdi/doc36670.pdf>
- Arandia, A. V. (2022). *Forense Penal*. ddigital.umss.edu.bo. <http://ddigital.umss.edu.bo:8080/jspui/handle/123456789/33643>
- Bernall Cuéllar, J. (2013). *El proceso penal*.
- Cahuata, J. S. C. (2021). *Caso hermanos Gonzales Rivero, problemas de negociación y litigación penal*. tesis.ucsm.edu.pe. <https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12920/11104>
- Campana-Añasco, D. (2022). Litigación oral por parte de los fiscales penales del ministerio público. Caso: Lima, Perú. *CIENCIAMATRIA*. <https://www.cienciamatriarevista.org.ve/index.php/cm/article/view/782>
- Campisi, L. Z. (2022). *El contraexamen desde la óptica de la defensa penal en el sistema de enjuiciamiento rionegrino*. rid.unrn.edu.ar. <http://rid.unrn.edu.ar/handle/20.500.12049/8890>
- Cano, M., & Concellón, J. (2020). La utilidad de las TIC en las técnicas de litigación. ... *prácticas en la docencia universitaria con ....* <https://www.torrossa.com/gs/resourceProxy?an=4872226&publisher=-FZO510#page=129>
- Cañaverall, J. (2021). Experiencias de aprendizaje de las técnicas de litigación oral y mediación en materia penal: el caso de la UNACH. *Revista Iberoamericana de Producción Académica y ....* <https://www.pag.org.mx/index.php/PAG/article/view/872>
- Cerquín, M. A., & Huamán, L. C. (2021). Influencia de las técnicas de litigación de juicio oral en la decisión del juez; frente a la valoración de la prueba del perito forense en los delitos de violación sexual. repositorio.upagu.edu.pe. <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/1754>
- Chaia, R. (2020). *Técnicas de Litigación Penal, primera edición, editorial Hammurabi*. ISBN 978-950-741-51-1, Buenas ....
- Cittadini, M. *Derecho Procesal Penal y Garantías Constitucionales*. [https://mi.umsa.edu.ar/miumsa/downloads/programas/juridicas/abogacia/3\\_anio/Derecho\\_Procesal\\_Penal\\_y\\_Garantias\\_Constitucionales\\_TNA.pdf](https://mi.umsa.edu.ar/miumsa/downloads/programas/juridicas/abogacia/3_anio/Derecho_Procesal_Penal_y_Garantias_Constitucionales_TNA.pdf)
- Echeverría, M. B. (2018). *Estudio del uso de las técnicas de litigación oral, por los abogados dentro de la etapa de juicio, en el tribunal de garantías penales de Imbabura con sede en el ....* 190.15.137.77. <http://190.15.137.77/handle/11010/184>
- Ecuador, A. N. d. (2014). *Código Orgánico Integral Penal*.
- Espinoza, B. (2018). *Litigación penal. Manual de aplicación del proceso común*. Lima, Perú: Grijley.
- Estrella, T., & Estephanie, A. (2019). *Uso de técnicas de litigación oral y el proceso penal de abuso de autoridad en el juzgado penal de Pasco, 2018*. repositorio.undac.edu.pe. <http://repositorio.undac.edu.pe/handle/undac/1908>
- Flores, J. A. (2022). *Incorporación de prueba de oficio al proceso penal en el principio acusatorio en el distrito judicial de Lima Norte-2021*. repositorio.ucv.edu.pe. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/101262>
- Habeas corpus y procedimiento penal abreviado, (Corte

- Constitucional 2021).
- Morales, W. (2020). *Aspectos Problemáticos de la Prueba en el Nuevo Sistema Procesal Penal*. revistas.uap.edu.pe. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/download/2044/2186>
- Nogales, M. R. (2018). "Rediseño de la Materia de Practica Forense Penal bajo un enfoque de la Litigación Oral por Competencias". ddigital.umss.edu.bo. <http://ddigital.umss.edu.bo:8080/jspui/handle/123456789/10310>
- Núñez, C., Curci, J., & ... (2022). Litigación oral y su importancia para el Componente de Asuntos Internos: Policía Nacional del Ecuador. *Revista Arbitrada* .... <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8552214>
- Reyes, A., Penna, C., & Peñalver, T. (2020). *Temas actuales del proceso penal*. dspace.biblio.ude.edu.ar. <http://dspace.biblio.ude.edu.ar:8080/xmlui/handle/123456789/106>
- Riaza, S. D., & Ladaria, G. R.-R. (2019). *Litigación penal. Visión sistemática y actual del proceso. 2º Edición*. repositorio.comillas.edu. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/47901>
- Roller, G. B. (2022). *La preparación de testigos y la finalidad del proceso penal peruano, en el Distrito Fiscal de Ancash-Huaraz-2021*. repositorio.ucv.edu.pe. <https://repositorio.ucv.edu.pe/handle/20.500.12692/89020>
- Santiago, J., & García, F. (2019). Litigación penal y su representación teatral. *LEX-REVISTA DE LA FACULTAD* .... <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1548>
- Torres, M. A., Pérez-Llantada, J. C., & ... (2020). *Litigación penal: preparación y desarrollo del proceso, prueba y vista, recursos y ejecución de sentencia Ejercicio ante el Tribunal Constitucional y derechos y ...* repositorio.comillas.edu. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/51173/Gu%C3%ADa%20Docente.pdf?sequence=-1>
- Zavala, H. R. (2018). *El error de prohibición en la infracción penal; según el Código Orgánico Integral Penal y sus reformas*. dspace.uce.edu.ec. <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/17651>