



RESUMEN

El derecho a la defensa o derecho de defensa es un derecho humano fundamental, es la base sobre la que se erige el debido proceso, válido para todo tipo de procedimiento, pero esencialmente aplicable en el proceso penal, que se consiguió por la lucha de las clases pobres frente a las poderosas. Este derecho humano de carácter universal es la base del constitucionalismo actual, presente además en las legislaciones internas de los países y para el caso ecuatoriano en el Código de Procedimiento Penal. Derecho a la defensa a favor del investigado, procesado o acusado, desde el inicio de la investigación penal, por esta razón, este derecho está rodeado de una serie de garantías como aquellas de ser informado, de tener acceso a los documentos y actuaciones, asistencia de un abogado defensor, presentar pruebas, contradecir la prueba, ser informado en su lengua materna, no ser interrogado si no está presente su defensor, no ser obligado a autoincriminarse, motivación de la sentencia, garantía de apelar de la sentencia, etc.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la defensa, derecho fundamental, debido proceso, proceso penal, garantías constitucionales.



INDICE

CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A LA DEFENSA

1.1.	Antecedentes históricos del derecho a la defensa	12
1.2.	Fundamentos del derecho a la defensa: filosóficos, políticos y normativos	19
1.2.1.	Fundamentos filosóficos del derecho a la defensa	20
a.	El Derecho Natural	20
b.	Marqués de Beccaria	23
c.	Francisco Carrara	24
d.	La reacción positivista	26
e.	El renacimiento ius filosófico	27
f.	Fenomenología existencial	28
g.	El valor de la persona como fundamento del derecho a la defensa y sus garantías	30
1.2.2.	Fundamentos Políticos del derecho a la defensa	31
1.2.3.	Fundamentos Normativos del derecho a la defensa	36
1.3.	Concepto de derecho a la defensa	38
1.4.	Naturaleza Jurídica del derecho a la defensa	41
1.5.	Objetivos del derecho a la defensa	43
1.6.	Clasificación del derecho a la defensa	43
1.7.	El rol de la Fiscalía, Juez y Jueza de Garantías Penales, Ofendido, Procesado y Acusado en el derecho a la defensa en el proceso penal	45
1.8.	Ubicación del derecho a la defensa en relación con la norma constitucional	49



CAPITULO II

GARANTIAS DEL DERECHO A LA DEFENSA

2.1. Aspectos Generales	53
2.2. Defensa en todo el procedimiento, tiempo y medios para prepararla; ser atendido oportunamente en igualdad de condiciones	56
a. Garantía de defensa en todo procedimiento	56
b. Tiempo y medios para prepararla	59
c. Ser atendido oportunamente en igualdad de condiciones	61
2.3. Procedimientos públicos y acceso a documentos y actuaciones	63
a. Procedimientos Públicos	63
b. Acceso a documentos y actuaciones	66
2.4. No ser interrogado sin la presencia de un Abogado defensor	66
2.5. Asistencia de un traductor o intérprete como garantía del derecho a la defensa	70
2.6. Ser asistido por un abogado defensor	72
2.7. Presentación de Pruebas y derecho a la contradicción	74
2.8. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por una misma causa y materia ⁷⁷	
2.9. Obligación de peritos y testigos de comparecer a juicio	78
2.10. Ser juzgado por un Juez independiente, imparcial y competente	80
2.11. Motivación de las resoluciones	84
2.12. Garantía de apelar del fallo o resolución	85

CAPITULO III

GARANTIAS DEL DERECHO A LA DEFENSA PARA EL PROCESO PENAL

3.1	Derecho a ser informado	88
3.2	Derecho a acogerse al silencio	91
3.3	Derecho a no autoincriminarse	93
3.4	Comentario sobre el derecho a la defensa en la Constitución Política de 1998	95
3.5	El derecho a la defensa y su relación con la Defensoría	



Pública Nacional	99
Conclusiones	103
Sugerencias	105
Bibliografía	106



UNIVERSIDAD DE CUENCA

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

“EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL ECUATORIANO”

**TESINA PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE DIPLOMA SUPERIOR EN
DERECHO PROCESAL PENAL.**

AUTORA: DRA. PATRICIA ELIZABETH GUAICHA RIVERA

DIRECTOR: DR. MATEO RIOS CORDERO

CUENCA-ECUADOR

2010



DEDICATORIA

A Dios por ayudarme todos los días.

A mis padres y hermanos por su apoyo incondicional.

Dra. Patricia Elizabeth Guaicha Rivera



AGRADECIMIENTO

Quiero agradecer a la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Cuenca, por haberme permitido a través de este Diplomado regresar y actualizar conocimientos; y, de una manera especial al Dr. Mateo Ríos Cordero, Director de esta Tesina, por sacrificar su tiempo y apoyarme con sus conocimientos en la realización de este trabajo.

Dra. Patricia Elizabeth Guaicha Rivera



RESPONSABILIDAD

La responsabilidad por los hechos, ideas doctrinas expuestas en esta Tesina, corresponden exclusivamente a la autora.

Dra. Patricia Guaicha Rivera



INTRODUCCIÓN

En el Ecuador de hoy sin lugar a dudas en lo que al campo de lo jurídico se refiere, se vive un proceso de cambios, que marcó su punto de partida con la expedición de la nueva Constitución que fuera aprobada mediante referéndum del 28 de septiembre del 2008 y que está vigente en el territorio ecuatoriano a partir de su publicación en el Registro Oficial Nro. 449 del 20 de octubre del 2008. Los estudiosos del derecho constitucional han dicho que este texto constitucional tiene influencia de una reciente doctrina jurídica conocida como “el neoconstitucionalismo”, doctrina que modifica los paradigmas tradiciones desde los que se aborda el análisis, producción e interpretación del derecho y el Estado. En este marco, el artículo 1 de la Constitución define que “El Ecuador es un Estado Constitucional de derechos y justicia...”

El Ecuador de un Estado de derecho según la Constitución de 1978, pasó en la Constitución de 1998 a ser un “Estado social de derecho” y hoy tenemos esta nueva definición como “Estado constitucional de derechos y justicia”, según la cual lo primordial son los derechos no solo de los seres humanos sino también los de la naturaleza a los cuales les da una connotación especial. Siendo así, es importante desentrañar ¿qué principios contiene el texto constitucional para conseguir que el país se convierta en un Estado Constitucional de derechos y justicia”

Al revisar la Constitución del 2008 se observa que trae una gama de derechos consagrados en el Título II, derechos que están rodeados de garantías o mecanismos para hacerlos efectivos. Ahora bien, cómo se va a conseguir que el Ecuador sea un Estado constitucional de derechos y justicia, sin desconocer la importancia de todos los derechos que consagra la Constitución, es necesario dirigir nuestra investigación a los derechos de protección que constan en el Capítulo Octavo, del Título II de la Constitución.

El Constituyente en el Artículo 75 de la Constitución expresa que “Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación



y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...”, garantizándose el acceso gratuito a la justicia, tutela efectiva, imparcial y expedita de los derechos e intereses bajo los principios de inmediación y celeridad y que en ningún proceso se quedará en indefensión. Como se aprecia el derecho a la defensa entendida como un derecho fundamental esencial trasciende a una doble garantía: por una parte la inviolabilidad de este derecho; y, por otra parte, la necesidad de defensor, imprescindible e intangible en un debido proceso porque todo ciudadano tiene derecho a defenderse de los cargos que se le imputen.

El trabajo investigativo de esta tesina se dirigirá hacia el estudio del derecho a la defensa de la persona que está siendo procesada penalmente, analizando las garantías que sobre este derecho constan en los artículos 76 y 77 de la Constitución en concordancia con las normas del Código de Procedimiento Penal, pero con mayor énfasis en las normas constitucionales de aplicación primera y obligatoria.

Con estos antecedentes, el Capítulo Primero, estudiará aquello que tiene que ver con el origen histórico del derecho a la defensa, las influencias que ha recibido y los fundamentos de este derecho fundamental, tanto filosóficos, políticos y jurídicos. La forma como se desarrolló este derecho en los diferentes estadios por los que ha pasado la humanidad, la naturaleza jurídica del derecho a la defensa así como su ubicación en relación con la norma constitucional.

El Capítulo Segundo, por su parte abordará cada una de las garantías que rodean al derecho a la defensa constantes en el Artículo 76, numeral 7 de la Constitución, se hará un comentario a cada uno estos derechos citando también las normas legales que sobre estas garantías trae tanto el Código de Procedimiento Penal y el Código Orgánico de la Función Judicial, comparando estas disposiciones con la redacción contenida en la Constitución Política de 1998, que en su momento también fue considerada como innovadora, pero que fue satanizada por su concepción neoliberal en el campo económico.

Finalmente, en el Capítulo Tercero, se abordarán todas las garantías que rodean al derecho a la defensa pero en el proceso penal, para ello se analizará el artículo



77, numeral 7, haciendo también un breve comentario basado esencialmente en la práctica penal, revisando también aquellas normas respecto de la Defensoría Pública que está en pleno ejercicio en la actualidad a fin de garantizar esencialmente que personas que por alguna razón, generalmente de tipo económica, no hayan nombrado un abogado de confianza, de esta manera haciendo efectivo el derecho a la defensa, porque no se puede dejar de recordar lo que manifiesta la doctrina argentina, que el derecho a la defensa no es designarle cualquier abogado, tiene que ser un abogado técnico en la materia, debe por lo tanto haber una asistencia letrada, solo así se garantiza el derecho de igualdad ante la ley; ya que si el procesado o acusado no cuenta con una buena defensa no estamos garantizando su derecho a la defensa, elemento fundamental o esencial del debido proceso. La Constitución de Montecristi, pretende, como algunos de sus retos: desarrollar normas secundarias acordes al ámbito constitucional y de derecho internacional de los derechos humanos; además construir una nueva institucionalidad, que responda a todos los derechos humanos reconocidos por el Estado, entre estas se encuentra la Defensoría Pública Nacional.



CAPITULO I

ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO A LA DEFENSA

1. 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Se dice que el derecho a la defensa o derecho de defensa como lo señalan algunos autores es muy antiguo, que incluso en el Génesis, primer libro de la Biblia ya se lo menciona o se lo practica cuando Dios antes de expulsar a Adán del paraíso le pregunta el por qué comió de la fruta del árbol prohibido. En consecuencia, sin temor a equivocarse se puede afirmar que el origen del derecho a la defensa lo encontramos en la lucha inagotable de los seres humanos perseguidos por sus similares pero que de alguna manera ostentan poder.

Este derecho a la defensa no ha sido el mismo en todas las épocas ni en todos los lugares, de tal manera que para entender este derecho hay que recordar necesariamente, las distintas formas de organización social que ha tenido la humanidad y dentro de ello también las diversas concepciones filosóficas, políticas y normativas que se han dado a su interior.

Siendo así, hay que recordar que el hombre para poder sobrevivir necesitó agruparse, vivir en sociedad, encontrando en la antigüedad formas de organización como el clan, la tribu, la horda, la nación hasta llegar al Estado. Indudablemente que en las organizaciones sociales primitivas no encontramos formas acabadas que contemplen derechos para los individuos que las integraban, solamente existían si vale la pena llamarlas así, normas de sobrevivencia. Sin embargo se llega al Estado, entendida como la más moderna forma de organización social, que necesitó de un conjunto de normas y reglas para los sujetos que vivían en ese Estado, ese conjunto de normas, de reglas las proporcionó el Derecho, que aparece precisamente como proveedor de normas que regulaban las relaciones sociales de quienes vivían en ese Estado.



Agrupados los individuos en el Estado se caracteriza en este, la lucha del o los más débiles frente a los más fuertes para conseguir no solamente el reconocimiento del derecho a la defensa sino un sinnúmero de derechos conocidos como derechos humanos o derechos fundamentales. La consecución de esta gama de derechos, conocidos en la actualidad como derechos fundamentales que tienen el carácter de universal se dio en forma paulatina.

Así como encontramos varias formas de organización social, también encontramos diferentes formas de Estado, que requieren de ese conjunto de normas para sus súbditos que las proporciona el Derecho. El conjunto de normas depende de la forma que tenga ese Estado, las normas o el derecho no serán las mismas si estamos frente a un Estado totalitario o absolutista, o un Estado democrático o Estado de derecho, combinado con la forma de Estado existe otro elemento que es el de la forma de gobierno de ese Estado. Por ejemplo: en un Estado absolutista no podemos hablar de derechos humanos para los habitantes de ese Estado.

Resulta entonces que el Estado, como máxima forma de organización social de la humanidad, necesita de un conjunto de normas que lo regule, ya que el Estado, es la institución social más importante, la institución a la cual se subordina todas las demás o con ella se coordinan.¹ Si a lo expuesto revisamos el significado etimológico de la palabra Estado, que deriva del la voz latina “Status” que significa orden, el Estado está llamado a precautelar el orden en el territorio en el que se asienta. El término Estado, entendido en la acepción actual aparece por primera vez en Italia, siglos XIV y XV, al producirse la centralización del poder como reacción al modelo feudal de ese entonces, el término es utilizado como lo entendemos en la actualidad en la obra “El Príncipe” de Nicolás Maquiavelo, abarcando a todas las formas de Estado que existían sean republicanas, monárquicas o tiránicas.

¹ OLANO, Carlos Alberto. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Estado Social de Derecho. Editorial Marcial Pons. Octava Edición. España. 2007. Pág. 101.



Estado, entendida como la institución más importante a la cual se subordinan todas las demás o se coordinan con ella, es indudable que para que esta organización sobreviva requiere de un conjunto de normas que regulen las relaciones sociales de los individuos que viven en ese Estado; y, conforme expresa Kelsen “El Estado es la personificación del orden jurídico total”², las normas son necesarias para regular las relaciones de los individuos que viven en el territorio de ese Estado. Estas normas, no son iguales, incluso en el mundo globalizado de hoy, si bien de alguna manera a través de Tratados o Convenios Internacionales se han universalizado ciertas normas, en lo que a principios y garantías se refiere, no son las mismas en todo el planeta, de tal manera que encontramos de acuerdo a la época normas crueles, tiranas o bárbaras.

Afortunadamente se ha dado una evolución de las normas, para el caso ecuatoriano y si se quiere latinoamericano, las normas que teníamos en época de la colonia no son las mismas de la época republicana, podemos hablar por lo tanto de una humanización de las normas de derecho, sobre todo las que tienen que ver con el ámbito penal que es lo que interesa a este estudio, llegando como máxima expresión al derecho internacional de los derechos humanos; siendo que el derecho a la defensa es un derecho humano fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, es necesario conocer los antecedentes sobre los temas jurídicos actuales, las entidades que actúan en una determinada sociedad para entenderles de mejor manera tanto su evolución cuanto su aplicación. Hay que recordar que todo lo que tiene que ver con el derecho está estrechamente ligado a la organización social, a las personas que viven en ese grupo social, a la estructuración del poder.

Entendido que, el Derecho Penal “en su sentido amplio, delimita un conjunto de conductas que el poder estatal prohíbe y que, cuando se han cometido, reprime con graves sanciones, implementando para ello procedimientos investigativos,

² Autor citado por Olano Carlos Alberto. Echeverri U. Alvaro. “Teoría Constitucional y Ciencia Política” Ediciones Librería Profesional. Quinta Edición. Bogotá. 1997.



determinativos y aplicativos”³ Tales procedimientos se configuraron históricamente como formas o sistemas con características definidas, de directa incidencia sobre la situación del imputado y su defensa.

Ahora bien, es necesario resaltar en el Estado, el sistema procesal penal que se aplique, recordemos que en el desarrollo de los sistemas procesales penales, conocemos básicamente dos: el inquisitivo y el acusatorio, también se puede hablar de un sistema procesal penal mixto, inquisitivo y acusatorio; y, finalmente en estos últimos tiempos, basados esencialmente en el constitucionalismo se habla de un sistema procesal penal adversarial.

Con estos antecedentes, si se da una mirada al sistema acusatorio de la antigüedad grecolatina, acusación y defensa se situaban más o menos iguales, la actividad procesal concernía únicamente a los interesados en la infracción suscitada. La entidad administradora de justicia de ese entonces escuchaba las exposiciones que sobre el caso hacían las partes procesales, el debate que cada parte a su favor evacuaba, y sobre esta base la autoridad juzgadora dictaba su resolución. Lo curioso es que en esta época y en este sistema el acusado contaba con facultades similares a las del ofendido, esto es, podía ejercer libremente su defensa. Entonces, en la antigüedad grecolatina se dio un sistema penal público.

Sin embargo, no sucedió lo mismo en los pueblos germanos y el resto de naciones que conformaron el Imperio Romano, la justicia en materia penal se tornó privada; los procedimientos que se observaron para solucionar conflictos se asimilaban más a los procedimientos bélicos que se daban en razón de la guerra, no había un verdadero juicio, como sucedió en la antigua Grecia, únicamente se veía que el daño se había producido y que el mismo debía ser reparado. Esta forma de administrar justicia se aplicó hasta la época feudal.

Con el paso del tiempo, la sociedad feudal fue debilitándose, formándose los Estados Modernos y estas formas privadas de administración de justicia a la par desaparecieron, dando lugar a normas de derecho dictadas por el monarca, quien

³ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 32.



se decía que tenía delegación divina para hacerlo. De esta manera retornó al ámbito de lo público: la autoridad, las armas, los recursos e indudablemente la administración de justicia.

Es notorio que en esta época existía una dispersión del poder, que fue acumulada en la organización estatal de una manera más fuerte. Esta aglutinación que se dio de los poderes en torno al Estado tuvo sus ventajas y desventajas, puesto que en lo que a administración de justicia se refiere implicó un adelanto ya no se la concebía como algo privado, aparece ya como “derivación particular de la soberanía del poder central; éste impone las reglas a los súbditos, quienes carecen de disponibilidad sobre la misma. La idea de delito deja de vincularse a la producción efectiva de un daño y retornando a sus más antiguas raíces se la entiende como infracción a lo debido, como desobediencia al mandato del príncipe y del orden que él representa, por delegación divina”⁴.

Claro está que en sus inicios lo que interesaba era indagar, conocer y revisar lo sucedido para que el poder estatal reponga el daño causado, pero también sancionar al infractor, de esta manera se conseguía una consolidación del poder y la autoridad. Esta forma de concebir el poder punitivo del Estado, se mantuvo por largo tiempo y a pesar de los límites que posteriormente se introdujeron al menos en materia penal, tratando de humanizar aquellas reglas que provenían del Estado, estas limitaciones fueron tomadas del Derecho Romano que había dotado de normas o reglas para cuando se estaba frente a infracciones en contra del Estado, pero también normas concernientes a la religión e interviene aquí el Derecho Canónico, de esta forma se plasma o aparece el sistema inquisitivo, radicalmente diferente al sistema acusatorio de la antigua Grecia y que quedó para aplicarse solamente en el Derecho Inglés, basado en la razón del Estado como valor predominante y la afirmación de la autoridad como regla operativa, la misma que revela toda la organización procedimental.

⁴ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 33-34.



Como se observa en el sistema inquisitivo se confunden la acción con la jurisdicción como un poder único absoluto, a este sistema procesal no le interesa el procesado o acusado como sujeto, por lo tanto carece de derechos. Lo que interesa son los resultados, esto es sancionar la falta cometida, limitándose o coartándose si se quiere al derecho de defensa ya que este impediría el conseguir los resultados, que es el castigo por la falta cometida. El sistema inquisitivo, generó procedimientos secretos, sin ningún tipo de control ni participación popular, colmado de ritualidades, que no tenían continuidad; el inquisidor era acusador y juzgador y el procesado no tenía oportunidad de defenderse, solamente tenía que acatar, constituyéndose todo ello un verdadero castigo.

Con la estatización que se dio a la administración de justicia, manteniendo un sistema autoritario, inquisidor, punitivo debía sumarse una característica más, estaba rodeado de esoterismos, implicaba que en esta época todo lo que tenía que ver con el derecho, en especial el penal, que durante bastante tiempo se había basado en las costumbres, pasó a ser una materia de conocimiento de un grupo especializado de personas, propendiéndose a la tecnificación de las normas de derecho en especial en materia penal, basado en normas que provenían del Derecho Romano. Fueron los canonistas quienes realizaron desde el siglo XII al XVIII un trabajo de sistematización y afinado de las normas de derecho, que más tarde ayudará a la moderna Ciencia del Derecho. Las reglas recopiladas fueron acopladas a la realidad de la época y algunas de ellas interpretadas nuevamente, se les sistematizó y luego codificó, pero bajo la mirada de la religión católica. El derecho pasó a ser materia de conocimiento de un grupo privilegiado, estaba rodeado de prestigio con el carácter de sagrado.

En esta época el imputado o procesado no tenía opción para tener defensa, tan solamente estaba sujeto al aparato coercitivo del Estado, que por las características indicadas, rodeado de prestigio, saber e incluso sacralizado era intocable y no admitía margen de error, a tal punto que los procedimientos, eran reservados, secretos, nadie los podía conocer, ya que los administradores de justicia si se los puede llamar así “estaban vestidos de la aureola no sólo del



poder, sino también del prestigio del saber”⁵ Todo esto en un Estado con régimen absolutista.

El paso del tiempo hizo que aparezcan nuevos conceptos, adversos al funcionamiento judicial y a las directrices que sustentaban dicho sistema que era válido únicamente en un régimen absolutista monárquico. Frente al sistema imperante aparecieron críticas, al principio leves pero luego contundentes en contra de los abusos y arbitrariedades del sistema judicial basada en una nuevo proyecto del mundo en ese entonces. Estas ideas nuevas para el mundo del derecho penal esencialmente, daban valor al individuo sometido a un proceso penal, como un hombre sujeto de derechos y ya no como un objeto del aparato judicial, establecían límites y control al poder estatal en este caso en la administración de justicia, se atacaba a través de estas nuevas ideas a las bases del sistema imperante y las condiciones que se debían esgrimir para un válido ejercicio de las funciones que el pueblo soberano les había delegado. Estas nuevas ideas, fueron haciéndose cada vez más fuertes.

Como se aprecia en lo que tiene que ver con el origen del derecho a la defensa o derecho de defensa no es algo que se les haya dado por sí y ante sí a los seres humanos, ha sido el fruto de la lucha incesante de las clases menos poderosas frente a las que en su momento ostentaban el poder del Estado.

Francisco Carrara, lo recuerda: “Las historias de los juicios criminales nos hacen estremecer cuando leemos en ellas que los jueces de ciertos tiempos y de ciertos países, apenas oída la confesión del acusado, se levantaban de sus asientos en coro: ¡*HABEMUS REUM CONFITENTEM!* ¡*TENEMOS CONFESO AL REO!*, y, sin pérdida de tiempo, apresuraban su condena”

Se ha visto hasta aquí el origen del derecho a la defensa y de otros derechos a nivel mundial, la forma cómo ha evolucionado, dependió de la forma de Estado. Este derecho a la defensa ha tenido su evolución en la legislación ecuatoriana a

⁵ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 35.



partir de la Constitución de 1830 en la que si bien no se estableció en forma expresa el derecho a la defensa, sin embargo la Constitución de ese entonces establecía ciertos derechos como aquel de que ningún ciudadano puede ser distraído de sus Jueces naturales, ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito, que nadie puede ser arrestado sin orden de autoridad competente salvo que sea sorprendido en delito flagrante, el derecho a no auto incriminarse entre otros.

Es recién en la Constitución de 1861 en el Título XI De las Garantías donde por primera vez aparece o se consagra en forma expresa el derecho a la defensa en el Artículo 105 de aquel texto constitucional que señala:

“Art. 105.- Ningún ecuatoriano puede ser puesto fuera de la protección de las leyes, ni distraído de sus jueces naturales ni juzgado por comisión especial, ni por ley que no sea anterior al delito ni privado del derecho de defensa en cualquier estado de la causa”

A la par la Constitución de ese entonces consagra también el principio de que nadie puede ser detenido ilegalmente, el derecho a no auto incriminarse y la presunción de inocencia.

Luego de la Constitución de 1861, en cada una de las Constituciones del Ecuador, expresamente se ha hecho con ligeros cambios en la redacción pero que demuestran el gran interés del constituyente encargado de elaborar cada una de las Constituciones, el derecho a la defensa o derecho de defensa.

1. 2. FUNDAMENTOS DEL DERECHO A LA DEFENSA: FILOSOFICOS, POLITICOS Y NORMATIVOS DE CARÁCTER CONSTITUCIONAL.

Para entender de mejor manera sobre los orígenes o antecedentes del derecho a la defensa hay que buscar sus fundamentos en los pensamientos filosóficos, políticos y en las normas de carácter constitucional. Se ha dicho en líneas anteriores que las normas cambian en el tiempo y en el espacio, por lo tanto



responden a un determinado enfoque del mundo y a las relaciones de los individuos en particular, bajo estas circunstancias nacen y se desarrollan filosóficamente las normas del derecho o normas jurídicas. Por lo tanto, hay influencia de las ideas filosóficas en la formación de los sistemas jurídicos de los Estados.

No se puede olvidar que estas ideas influyeron notablemente para la Revolución Norteamericana y Francesa; y, posteriormente para los movimientos de emancipación de los países latinoamericanos. “la configuración del constitucionalismo, el sistema de separación de poderes, las garantías individuales, el derecho de propiedad, el contractualismo, el libre comercio, el Estado de Derecho, en sus distintas concreciones normativas, no se conciben fuera del contexto filosófico en el que se formaron y plasmaron”⁶

1.2.1 FUNDAMENTOS FILOSOFICOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Jorge Vázquez Rossi en su obra “La Defensa Penal”, analiza los fundamentos filosóficos, del derecho a la defensa, para ello el autor se remite al derecho natural, la obra del Marqués César de Beccaria, a Francisco Carrara, el positivismo, entre otros pensamiento filosóficos:

- a. **EL DERECHO NATURAL:** el Derecho Natural está estrechamente ligado con el tema de los derechos humanos, tanto en su concepción teológica como racional, como principios o derechos fundamentales, que están por encima de las normas positivas o como guías de base ética. Esta forma de ver los derechos humanos concretiza una antigua aspiración del hombre de poner fronteras o límites al poder del Estado, encausándolo por el camino para conseguir la justicia y no como en épocas anteriores la reparación del daño causado y el castigo para el infractor.

⁶ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 37.



Estas aspiraciones aunque en forma muy insipiente la encontramos en la obra de Homero, cuando Antígona reta o Creonte, lo hace amparándose en un derecho natural contra las leyes con las que contaba la ciudad. Posteriormente los estoicos avanzaron en estas ideas sobre el Derecho Natural fundándose esencialmente en la idea de la naturaleza, más tarde confluyeron con la escolástica se elaboró un cuerpo normativo cuyas bases rigen prácticamente hasta nuestros días, sin duda reformuladas o readaptadas.

Lo importante de este estudio es que se rescata o se da un concepto a la “persona”, no como objeto, sino como sujeto de derechos y obligaciones, esto es, “como sustancia existente por derecho propio y como fin en sí misma, como fundamento ontológico y moral de todo orden normativo”⁷.

No obstante, el tema de los Derechos Humanos o Individuales, el Derecho Natural toma mayor importancia en la época moderna, si bien la Escuela Clásica del Derecho, sostuvo que el derecho se descubría solamente a través de la razón, instrumento no solo para conocer sino también para criticar, separando todo lo jurídico de elementos religiosos, se elaboraron reglas bases, consideradas inalienables para la libertad individual que a su vez fijaron límites a los poderes del Estado; y, finalmente, con una propuesta de asociación para defender y proteger con toda la fuerza tanto a la persona humana cuanto a sus bienes, la unión de todos los individuos, para conseguir el bienestar individual, según la idea de Juan Jacobo Rousseau, se configuró un fuerte pensamiento individualista liberal que sin lugar a dudas influyó en el ámbito de lo jurídico en general y en particular del Derecho Penal.

A la Escuela Clásica del Derecho Natural debemos el hecho de haber separado las normas legales de la moral entendida en ese entonces más como normas religiosas, en esta época se sentaron las bases para la

⁷ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 38.



doctrina de la separación de los poderes, el ejecutivo y el legislativo; y, en lo que tiene que ver con el ámbito judicial, el aporte esencial de los estudiosos de esos entonces radicó en establecer que el individuo, persona, ser humano, por su condición de tal tiene derechos fundamentales e inalienables que estaban por encima e incluso eran anteriores a toda norma jurídica positiva. Estos derechos fundamentales los Estados no los podían desconocer y eran a su vez los que ponían límites o frenaban el ejercicio del poder de ese Estado.

El mérito para los filósofos de esta época es su contribución al progreso de la civilización, en cierta medida se liberó al ser humano, persona, de las ataduras del despotismo, asegurando por sobre todo su libertad individual. Con la influencia de las ideas del derecho natural se terminó con la abolición del vasallaje y la servidumbre, se destruyeron los gremios y las prohibiciones que la Edad Media establecía para el comercio y la industria, se liberó la propiedad de las cargas feudales, etc. En el campo del Derecho Penal, se depuró su procedimiento, eliminando las torturas e intentando humanizar los castigos, se eliminó los procesos por hechicería. En definitiva, se distinguió entre un derecho penal sustantivo y un derecho penal procesal, se puso coto a los excesos de la inquisición y a los horrores de las guerras de religión, se fijó límites a la discrecionalidad de gobernantes y jueces, en general se propendió a eliminar que el procesado carezca al menos de garantías mínimas y una mayor benignidad a las penas. “Así a través de las obras de Locke, Diderot, D’Alembert, Holbach, Helveticus, Montesquieu y Rousseau, se aboga por una mayor benignidad en la punición, por una previa determinación de los delitos, contra el uso del tormento, contra la arbitrariedad de los jueces y por la existencia de garantías para el procedimiento”⁸. Este desarrollo, favoreció no solo para la vigencia y aplicación del derecho a la defensa sino para humanizar las normas y procedimientos penales.

⁸ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 39.



- b. **Marqués de Beccaria:** en el “Tratado de los Delitos y de las Penas”, se puede apreciar una concepción basada en la razón, con elementos del derecho natural y con base tomadas de las ideas del Contrato o Pacto Social de Rosseau. Los fundamentos filosóficos de la Escuela Clásica del Derecho Penal, concibe a los hombres como seres individuales, pero iguales, que forman el orden social, este orden social surge en base del pacto o contrato social, del cual se desprende todo el sistema normativo; y, sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos.

Para el Marqués de Beccaria, “*El nullum crimen, nulla poena, sine lege*, debe entenderse integrado dentro del propósito general de estricta limitación otorgado por los iluministas en general y Beccaria en particular a la facultad punitiva del Estado; el derecho de castigar surge de las condiciones del pacto social, por ello es limitadísimo; en consecuencia el derecho que traspase el límite es abuso y no justicia, es hecho y no derecho”⁹ En esta obra, se resalta como valores jurídicos fundamentales en materia penal sustantiva y adjetiva: la libertad y la seguridad jurídica, sin dejar de ser su obra un tratado para la defensa al individuo que está siendo procesado.

“El Tratado de los Delitos y de las Penas”, es un gran aporte, por su contribución a establecer claramente las razones para que una ley pueda a través de su norma imponer una condena, esto es, establecer las conductas. Luego señala la urgencia de fijar normas de procedimiento pero que las mismas garanticen si se quiere la investigación de la verdad, la responsabilidad o no del procesado, solo de esta manera se justifica la aplicación de la pena.

Según Beccaria, las torturas o tormentos son inútiles, como medio de investigación o de punición, por cuanto, una vez que se conozcan las pruebas y la existencia de la comisión de un delito, aún así se debe

⁹ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 42.



conceder al procesado un tiempo necesario y medios para que se justifique. Además, el Marqués fiel a su idea esencial, esto es, que sean las leyes la que fijen el momento y características de la defensa y los medios probatorios. Para Beccaria el procesado es sujeto de derecho y no objeto del poder punitivo del Estado. Sobre esta tesis se construirá las bases del Derecho Penal Liberal.

- c. **Francisco Carrara:** funda sus teorías filosóficas en el campo del Derecho Penal, en reglas del Derecho Natural, manifestando que sus normas, tienen una validez universal, porque están basadas en la razón. Carrara si bien abordó el tema de la construcción teórica de lo punitivo manifestó que a la par se debían establecer lo que hoy conocemos como normas de procedimiento para el juicio penal o Derecho Procesal Penal, haciendo una diferenciación entre el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal, manifestando que así como la norma que sanciona es legítima porque proviene de la autoridad, iguales normas pero de procedimiento o para el juicio deben provenir de la autoridad, por lo tanto el juicio debía ser un acto también de razón. Solo basado en estos procedimientos fijados por la autoridad podrá el juzgador dictar su resolución, ya que la pena que se establezca por la infracción cometida debe deducirse o concluirse del juicio. Todo ello porque según Carrara: “la sociedad civil se concibe, por su destino y constitución, por su origen y finalidad, como un sistema orgánico fundado en la naturaleza del hombre-sociedad que, mediante el derecho, defiende a la vez y armónicamente, al individuo y a la comunidad”¹⁰. De lo expuesto Jorge Vázquez concluye que: “la misión de la autoridad civil es frenar la violencia de los individuos; la del derecho penal, refrenar la violencia de los legisladores, y la de los ordenamientos procesales, refrenar la violencia de los jueces. Estas tres formas de violencia son perniciosas para la sociedad y por ello, enemigas del derecho”¹¹.

¹⁰ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 42.

¹¹ Ibidem. Pág. 43.



Por lo tanto, el sistema punitivo de los Estados no está para la defensa social, sino ha sido hecho para la defensa del derecho, desechando de esta forma los abusos y dando paso a procedimientos previamente establecidos. Que el juicio penal debe ser el último instrumento de la tutela del derecho y que las reglas procesales tienen dos objetivos: proteger el derecho de los buenos para que se castigue a los culpables y proteger el derecho del imputado a no ser castigado sin razón, sin un juicio donde se determine su responsabilidad o más allá del castigo dedicado para ese delito.

Para Carrara, hay que conciliar la tutela del orden jurídico con los derechos del procesado, y en caso de conflicto entre estas dos teorías debe primar la protección o tutela a los derechos del procesado, esto es la aplicación estricta del principio *indubio pro reo*, ello por razones de orden humanitario, por cuanto es preferible que un delito quede sin sanción a que se castigue o sancione a una persona inocente. Ello no implica impunidad. Que este principio *indubio pro reo* debe aplicarse tanto para las personas honradas, para el sospechoso o que está siendo sujeto de una investigación procesal e incluso para el culpable o responsable de una infracción.

Si la autoridad tiene la obligación fundamental de precautelar la tutela jurídica, emergen por igual la acusación y la defensa, que son dos cosas que van juntas ya que provienen de un mismo problema. Aquí lo importante en esta investigación, para Francisco Carrara la defensa, es necesaria en el juicio, que su fundamento está en la naturaleza del ser humano y en la necesidad que hay de protegerlo como persona humana, “este derecho no es dado por la sociedad sino que existe antes que ella y en tal sentido, no es un privilegio ni una concesión, sino un verdadero derecho original del hombre y, por consiguiente inalienable”¹².

¹² VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 46.



d. **La reacción positivista:** Los pensamientos señalados por Beccaria y Carrara en el siglo XIX fueron criticados por los positivistas de ese entonces, quienes dejaron para el campo de las concepciones filosóficas del Derecho Penal las fundamentaciones ius naturalistas. Para esta corriente del pensamiento jurídico, basado en el materialismo histórico expresaban que lo jurídico no provenía de las leyes naturales, no estaba fundado en la razón, sino que más bien se trataba de un fenómeno ideológico proveniente de las condiciones reales de cada una de las sociedades. A esta tesis contribuyó el hecho de que en esta época se dio un gran impulso de los estudios sociológicos, claro está, se cuenta con un enorme desarrollo de la Ciencia del Derecho, que centró su preocupación en las manifestaciones jurídicas reales para así conseguir una sistematización del derecho con total independencia de otras consideraciones.

En este periodo se elaboraron los códigos, existe una gran producción legislativa y además es una época muy fructífera en el ámbito interpretativo sobre las normas y principios de todas las ramas del derecho. Se dejó de lado las construcciones teóricas de la filosofía para el ámbito del derecho. Ya en el campo del derecho a la defensa, en esta teoría positivista, se esgrime lo que Jiménez de Asúa llama “defensa social biológica”, en la que sobresalen los análisis en materia jurídico penal realizados por César Lombroso, Enrique Ferri y Rafael Garófalo, con sus concepciones en contra de la Escuela Clásica del Derecho Penal, opuestas a las iusnaturalistas frente a sus teorías basadas esencialmente en la observación empírica, cimentando sus argumentos en estudios biológicos y sociales. Los aspectos jurídicos para estos estudiosos, debían ser considerados como un hecho natural que debían ser analizados desde un punto de vista antropológico, físico y social. En esta teoría no importaba el delito, ni el imputado, procesado o infractor, que por ser infractor era considerado como un ser anormal, “como un defectuoso psicológico que



incurrir a través de su comportamiento en una lesión peligrosa para la sociedad, la que, a su vez, debe defenderse con medios idóneos”¹³.

Para la teoría positivista el delito debía ser visto como un hecho natural, el exceso de garantías individuales era la que había hecho que se incrementara la delincuencia o las lesiones a la sociedad. Bajo esta teoría solamente ciertas personas por sus características físicas o sociales estaban destinadas para delinquir indudablemente por la causa de vivir en sociedad. Lo fundamental que encontramos en esta teoría es que se deja de lado el asunto de la pena y se trascienden más bien a las “medidas de seguridad”, con la finalidad de conseguir que el delincuente sea rehabilitado para su posterior inserción en la sociedad.

En esta teoría y lo que interesa para nuestro estudio se basa en que así como sucede con la concepción adoptada por Francisco Carrara que pone especial énfasis en la protección individual, para esta escuela, todo es responsabilidad de la sociedad, el procesado es un enfermo social que ocasiona perjuicios a los otros integrantes, siendo así esta sociedad debe proporcionar medidas de curativas las mismas que va en beneficio de todos. En consecuencia a esta escuela no le interesa rodear al infractor de garantías individuales, sino de arbitrar las medidas necesarias de defensa social y de reinserción del procesado. “En lugar del clásico *indubio pro reo*, funciona el *indubio pro societate*”¹⁴

- e. **El renacimiento ius filosófico:** Este pensamiento surge en el siglo XX al retomar los pensamientos filosóficos por parte de Edmundo Husserl, es una renovación filosófica frente al positivismo y al derecho natural. En sus estudios dejó muy en claro el aspecto de la conciencia como intencionalidad. Los autores de esta época recalcan la necesidad de profundizar el estudio de los fenómenos investigados para llegar a conclusiones verdaderamente fundamentales, en el campo del derecho

¹³ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 47.

¹⁴ Ibidem. Pág. 48.



analizar prolijamente para “determinar la estructura fenomenológica de la existencia humana y del derecho como una de sus especiales proyecciones”¹⁵. Según estos estudios toda sociedad tiene un orden o sistema jurídico siendo así en lo que tiene que ver con el derecho a la defensa la investigación del tema o caso tiene que ir más allá del terreno de la norma y llegar al ser humano como fin en sí mismo y de los cimientos de una dignidad que la norma no puede excluir ni oponer.

- f. **Fenomenología existencial:** El hombre lo que ha buscado a través de los estudios es el fundamento de los derechos humanos, esenciales o derechos fundamentales como se dice en algunos textos. Aparece por lo tanto esta línea del pensamiento filosófico conocido como de la fenomenología existencial, que viene a ser una reformulación del derecho natural, entendido como guía de los principios rectores de la existencia humana. En esta línea de pensamiento sus bases son los antecedentes de la sociología y la historia, relaciona lo jurídico en un escenario real y los cambios tanto de lo jurídico como de las situaciones reales, porque recordemos las sociedades cambian evolucionan en el tiempo y en el espacio. Según esta teoría no hay reglas absolutas conforme determinada el derecho natural. Toda teoría deber referirse al hombre como sujeto, pero un sujeto relacionado con otros sujetos. En este contexto aparece un nuevo elemento que es el de la justicia como “forma antropológica de coexistencia”¹⁶. Si según el concepto más utilizado de justicia es dar a cada uno lo que le corresponde, la justicia significa un modo de convivir y en consecuencia las normas o el orden jurídico es connatural al hombre, puesto que nada tienen que ver fuera de la esfera de éste.

Para esta corriente del pensamiento filosófico, el derecho a la defensa es algo necesario, esencial, es un derecho humano puesto que está vinculado con la realidad ontológica del hombre de respetar a los otros hombres pero también respetando el derecho propio de este. A su vez el derecho a la

¹⁵ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 50.

¹⁶ Ibidem. Pág. 52.



defensa es entendido como un mecanismo o como un medio para realizar la justicia a fin de conseguir una coexistencia humana digna.

Ya en el campo del derecho penal, si bien el delincuente es considerado como un lobo del hombre, asimilando al Leviatán, la idea de justicia, a través del derecho que trae consigo el orden jurídico y el derecho a sancionar que ostenta el Estado, hace que, ese Leviatán que sería el Estado no se convierta en arbitrario con su poder, pero si ello sucediera se produciría la negación de lo que quiere defender que es al ser humano en sí, es por ello que según Francisco Carrara aquí surge o se debe dar “la racionalidad de todo orden jurídico que merezca el nombre de tal y que excluya la arbitrariedad, la prepotencia de la fuerza y la destrucción de lo humano”¹⁷.

Dentro de esta línea del pensamiento es necesario anotarr lo que menciona Recaséns Siches, que aborda el tema de los derechos esenciales, primordialmente el derecho de la libertad individual como resultado de la dignidad, en tal aspecto señala ciertas circunstancias negativas de la libertad jurídica a las que dice que son: “una serie de barreras o defensas contra las trabas o los impedimentos, y contra las injerencias injustas de otros individuos o de los poderes públicos”¹⁸. Señala que para defender al individuo con el derecho y frente al Estado nos da el valor de la seguridad jurídica, con esta última hay seguridad a la dignidad humana, a la vida, la libertad, incluso seguridad para su propia vida, integridad física, moral y en todas las manifestaciones de la libertad jurídica individual. En consecuencia, un individuo no puede ser sometido o sujeto de detenciones arbitrarias, penas crueles, degradantes o inhumanas, no puede ni debe ser torturado; tiene derecho a ser escuchado públicamente con justicia por su juez natural e imparcial quien o quienes para el caso ecuatoriano determinarán sus derechos y obligaciones, o para ser investigado por

¹⁷ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 53.

¹⁸ Ibidem. Pág. 54.



cualquier asunto de orden penal, el derecho a que se presuma su inocencia mientras no esté demostrada su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada siempre que se haya seguido el juicio conforme lo manda el procedimiento y se le haya provisto de todos los medios necesarios para que pueda defenderse.

- g. **El valor de la persona como fundamento del derecho a la defensa y sus garantías:** El pensamiento humano ha estado dirigido esencialmente a establecer la relación entre el valor esencial de la persona y su derecho a la defensa, frente a la acusación y pretensión sancionadora de las autoridades públicas. Sabido es que a lo largo de la historia de la humanidad la forma de considerar el derecho a la defensa ha variado, dependiendo también de la forma de Estado en ese entonces, sin embargo, se llega a la conclusión de que siempre existió la necesidad de fijar o determinar garantías efectivas frente al poder punitivo de la autoridad juzgadora, considerar que el imputado o procesado es un ser humano y como tal debe ser tratado, no como un objeto, sino como sujeto de derechos y que antes de imponerle una sanción por muy justa que esta sea, deben buscarse por todos los medios que sean posibles la exacta determinación de la imputación, otorgándole además la posibilidad de que pueda defenderse, de ser escuchado y oponerse a la acusación presentada en su contra. Esto es buscar a través del procedimiento que está fijado en el ordenamiento jurídico la verdad, una verdad lo más ajustada a la realidad, y sobre esta versará el fallo de la autoridad un fallo que debe ser racional esto es no exagerado para el tipo de infracción que ha cometido.

“Esta idea de racionalidad, que también es base de las concepciones modernas sobre el Estado democrático ha influido poderosamente en la teoría del proceso, concebido como un orden de etapas y oportunidades armónicamente distribuidas donde intereses contrapuestos, pero no divergentes, se van enfrentando y enlazando en un juego dialéctico que llega a un intento de síntesis



final. Así, el valor justicia se integra con el valor seguridad y ambos se conciben como una estructura racional que, al mismo tiempo, respeta también especialmente en el contradictorio, el principio de igualdad. De esta manera en el derecho de defensa se conjugan, a la manera de un plexo, múltiples valores jurídicos fundamentales”¹⁹

Aquí ingresa otro elemento básico de todo proceso penal, aquel que es la búsqueda de la verdad, de tal forma que todas las actividades se dirigirán a presentar los hechos en una forma objetiva, a fin de que puedan ser controvertidos, probados y estudiados para que puedan ser valorados conforme a la norma vigente y sobre esa base tome la autoridad el fallo o la resolución pertinente. Por lo tanto, para el caso penal por más que hayan presunciones contundentes de responsabilidad en contra de ese procesado, ello no es suficiente para la condena, sino que la autoridad tiene que estar convencida del proceso, otorgando la posibilidad al procesado de descargo de las pruebas que se presenten en su contra, de tal manera que haya seguridad, si se quiere certeza de que efectivamente aquel sujeto que está siendo procesado es el responsable de la infracción por la que se le acusa.

1.2.2 FUNDAMENTOS POLITICOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

En ninguna otra rama del derecho como en la penal se ve una estrecha relación entre las formas políticas que han adoptado el Estado y sus formas o sistemas jurídicos, la historia nos da cuenta de que existe una relación contraria pero proporcional entre concentración autoritaria de poder y garantías del imputado. No se puede hablar de un derecho a la defensa en las mismas condiciones en un Estado con régimen autoritario que en un Estado Democrático o de Derecho, basta solo recordar lo sucedido en Estados con régimen absolutista antes del siglo XIX pero también los que en el siglo XX se dieron como en Alemania, en el continente Europeo; Chile y Argentina, para el caso Latinoamericano. Si una

¹⁹ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 55.



persona era sometida a un proceso penal en estos Estados autoritarios y si por sobre todo estaban en contra del gobierno indudablemente que este imputado o procesado carecía de todo tipo de garantías mínimas ni se diga del derecho a la defensa. En este tipo de Estados el procesado es asimilado como un objeto, enemigo del Estado y por lo tanto pesan sobre él una serie de presunciones consideradas prácticamente como verdades irrefutables.

Por esta razón la idea de un Derecho Penal Humano, mediante un proceso o procedimiento rodeado de garantías esencialmente para el procesado, no es un elemento de los Estados Autoritarios, es algo que viene en los modernos Estados de Derecho, que se organizan mediante normas fundamentales en sus Constituciones y se estructuran a través de mecanismos para controlar el poder.

Estas ideas transformadas en derechos para los seres humanos fueron desarrollando e incubando de poco a poco, precisamente como una forma de combatir el absolutismo predominante, es así que antecedentes políticos de lo que al derecho a la defensa se refiere lo encontramos como un primer antecedente en la Carta Magna Inglesa de 1215, considerada como la base del Derecho Constitucional, movimiento mediante el cual un grupo de nobles de ese entonces consiguieron del Rey Juan Sin Tierra el reconocimiento de ciertos derechos, en lo que interesa para nuestro estudio tenemos el Artículo 39 que señala: *"...ningún hombre libre sea detenido o apresado o confiscados sus bienes o desterrado o destruido en cualquier forma, ni pondremos ni haremos poner mano sobre él, a no ser por el juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra"*.

Conforme este documento conocido como Carta Magna se consagra el principio del derecho a la defensa de que todo procesado tiene derecho a ser oído para ser sentenciado mediante un juicio legal por su juez natural y por la ley. Se aprecia y lo señala Eduardo Couture el levantamiento de los barones ingleses contra Juan Sin tierra desbordó el espíritu de su tiempo, transformándose en una verdadera conquista de libertades políticas válidas para todos los tiempos y que posteriormente sirvieron de inspiración para movimientos revolucionarios posteriores.



Otro fundamento político del Derecho a la Defensa lo encontramos en la Independencia Norteamericana, el 4 de julio de 1776 el Congreso aprueba la declaración redactada por Thomas Jefferson, documento influenciado por la corriente iluminista que establece principios como aquel de que todos los hombres son iguales con derechos inalienables, el derecho a la vida, la libertad y la felicidad. Para garantizar la vigencia de estos derechos el mismo hombre ha establecido un gobierno, cuya autoridad proviene del sentimiento de los gobernados; y, si por alguna circunstancia el gobierno desconocía estos derechos, el pueblo podía cambiar al gobierno, abolirlo e instituir un nuevo gobierno.

En lo que tiene que ver con el derecho a la defensa, la declaración de principios de Virginia, en su sección VII expresa que: “En toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer la causa y la naturaleza de la acusación; a ser careado con los acusadores y testigos; a producir prueba a su favor y a ser juzgado rápidamente por un tribunal imparcial de doce vecinos, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable”²⁰.

Al igual que sucedió con la Carta Magna Inglesa la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica influyó especialmente en los países europeos, puesto que si bien se había tomado los pensamientos de juristas y filósofos ingleses y franceses este documento representaba ya no solo una mera declaración lírica sino un documento que tenía una aplicación práctica. Ya en el tema del derecho a la defensa, vemos igualmente que todo acusado en materia penal tiene garantías o derechos que lo protegen y que deben ser observados y estrictamente cumplidos.

Luego de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica, tenemos otro movimiento político de gran influencia, la Revolución Francesa, que sirvió para la consecución de los derechos y garantías a favor del ser humano con su Declaración de Derechos del Hombre del 26 de agosto de

²⁰VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 60.



1789. Esta declaración consagró los principios esenciales del individualismo liberal de ese entonces, aquellos de que todos los hombres nacen libres y en igualdad de derechos; la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión como derechos naturales; aquel principio de que la ley es la expresión de la voluntad general y todos los ciudadanos son iguales ante la Ley; derechos inalienables también como la libertad de opinión, reunión y circulación. Y ya en lo que tiene que ver con el principio del derecho a la defensa se proclamó que nadie puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos expresamente determinados por la ley y con las garantías debidas. Esto es que el tipo penal debía estar predeterminado en la ley, con una pena señalada en la misma, que no podía ser detenido arbitrariamente sino en los casos consagrados en la ley con las debidas garantías.

Hasta antes de la proclamación de estos principios el procesado era considerado objeto y no sujeto de derechos, era perseguido y juzgado incluso por jueces o comisiones especiales creadas para ese caso. Con esta proclamación se puso coto a una serie de arbitrariedades que al menos en este tema se venían cometiendo, rodeando al fin y tratando al imputado o procesado como un ser humano. Un hecho también trascendental que trajo consigo la Revolución Francesa es que a partir de esta se inició un verdadero movimiento codificador de las leyes sustantivas y adjetivas en materia penal, esto implicó un avance en contra de la arbitrariedad y a favor de la seguridad, se puede decir que hasta aquí llega el sistema inquisitivo en materia penal dando paso a un sistema mixto entre inquisitivo y acusatorio, resaltando que en todo proceso penal debían garantizarse los principios de oralidad, publicidad, contradictoriedad, con ello se observa que se dan amplias facultades para el derecho a la defensa.

Con este contexto lleno de aciertos y desaciertos, progresos y retrocesos, con fundamentos filosóficos del iluminismo y ya en un Estado Democrático, aparece en este escenario el derecho a la defensa y la idea de un debido proceso como un pilar fundamental de esta nueva forma de Estado.



Se han establecido una serie de garantías a fin de evitar los abusos de las autoridades en materia punitiva y señalar límites razonables para evitar la discrecionalidad de dichas autoridades encargadas de la administración de justicia. Esto ha sido uno de los motivos principales de la liberación humana.

Refiriéndonos a nuestra realidad, el Ecuador también es suscriptor de los importantes Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos, como es la Declaración Universal de Derechos Humanos que en el inciso primero del artículo 11 dispone: “Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a ley y en un juicio público en el que se hallen aseguradas todas las garantías necesarias para su defensa”

Otro Tratado Internacional es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que en el Artículo 14, inciso tercero, literal d) señala, en la parte que tiene que ver con el derecho a la defensa lo siguiente: “...de hallarse presente en un proceso y defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección; a ser informado; si no tuviera defensor del derecho que le asiste a tenerlo siempre que el interés de la justicia lo exija o que se le nombre defensor de oficio gratuitamente si careciere de los medios suficientes para pagarlos”

Y finalmente las normas correspondientes al derecho a la defensa de la Convención Americana de Derechos Humanos o conocido más como Pacto de San José de Costa Rica del cual el Ecuador también es Estado parte, que consagra el derecho a la defensa y lo encontramos establecido en el Artículo 8, inciso segundo, literal e) del mencionado pacto que dispone lo siguiente: “la persona tiene derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere personalmente por sí mismo ni nombre defensor dentro del plazo establecido por la ley.



1.2.3 FUNDAMENTOS NORMATIVOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Los derechos fundamentales han buscado un reconocimiento internacional a través de los conocidos Pactos, Convenios o Tratados Internacionales. Si bien esta inquietud no es de última época sino de tiempos anteriores, es a partir de la segunda guerra mundial por las atrocidades que en esta se cometieron que la comunidad internacional ha hecho un verdadero esfuerzo por concretar internacionalmente los derechos fundamentales para todo ser humano solamente por su condición de tal, sin hacer ningún tipo de distinción que tengan que ver con su nacionalidad, raza, sexo u otra condición.

Estos principales fundamentos normativos del derecho a la defensa lo encontramos en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, que en su Artículo 10 señala de *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*. Según Recansens Siches este precepto jurídico está dirigido a conseguir certeza jurídica, que debe estar a cargo de un tribunal imparcial, independiente, colocado por encima del litigio y al servicio del derecho, agrega que la administración de justicia tiene que ser pública. Destaca además que la historia de los movimientos para la conquista y garantía de la libertad jurídica y personal es primordial. En este contexto señala que es necesario evitar que nadie sea arbitrariamente detenido, preso, confinado o desterrado y los Estados se han preocupado por implementarlos pero además cumplirlos en sus territorios. El único defecto de esta carta fundamental es que se trata únicamente de una declaración de derechos pero sin mecanismos operativos para proteger y hacerlos efectivos.

Otro fundamento político importante para el continente Americano al igual que se hizo en Europa en base a la Carta de las Naciones Unidas, en el continente americano se preocuparon por declarar en forma continental derechos de carácter universal que sirvan y protejan a todo ser humano, en 1948 la Conferencia



Interamericana sancionó la Carta de la Organización de Estados Americanos, que se puso en vigencia desde 1951. En este instrumento se proclaman derechos fundamentales de la persona humana, declarados en 1948, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Posteriormente en 1969, en la ciudad de San José de Costa Rica, la Conferencia Especializada Interamericana aprobó la Convención Americana de Derechos Humanos, conocida más como Pacto de San José de Costa Rica. Ahora bien, cierto es que los países suscriptores de este convenio no han dado cumplimiento a cabalidad con los principios de este tratado, sin embargo no se puede dejar de lado el esfuerzo realizado, incluso en las últimas décadas del siglo pasado cuando en algunos países como el caso de Argentina, Chile, incluso nuestro país al volver a regímenes democráticos, en los cuales siempre que no amenace al gobierno imperante existe un verdadero esfuerzo por garantizar y hacer efectivos los derechos fundamentales de los seres humanos.

Según el preámbulo del Pacto de San José de Costa Rica, los países suscriptores deben tener como propósito a través de sus instituciones democráticas un régimen de libertad personal y justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre, cuyo origen radica en los atributos de la persona humana. Este principio ha sido declarado en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Es el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica que consagra las garantías judiciales, proclama el derecho a la vida, integridad personal, la libertad, la igualdad, etc. Ya en el inciso segundo, literal "d" señala que el procesado tiene derecho a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, si no ha designado defensor al procesado le asiste el derecho de que sea el Estado el que le proporcione un defensor, la posibilidad de interrogar a los testigos y solicitar la presencia de sus testigos, peritos, que el procesado no podrá ser obligado a



declarar en contra de sí mismo ni reconocerse culpable, además del derecho de apelar de las resoluciones dictadas en su contra.

A más de los derechos proclamados esta convención prevé la creación y el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dejando ya en la opinión de algunos autores de ser solo una declaración lírica sino también con instituciones que se encarguen de velar o precautelar el cumplimiento de los derechos garantizados en esta Convención.

1.3 CONCEPTO DE DERECHO A LA DEFENSA.

Antes de mencionar varios de los conceptos que sobre el derecho a la defensa han dado los autores, es necesario resaltar que se trata de una expresión compuesta, por lo tanto, se debe determinar lo que significa solamente la defensa, en dos sentidos: en primer lugar en sentido amplio; y, luego en sentido estricto.

En sentido amplio, la defensa penal proviene directamente de los fundamentos constitucionales y asoma como una expresión de los valores de libertad individual y seguridad jurídica; si las cosas están así, la defensa se relaciona con el debido proceso y comprende todas las garantías que giran en torno al debido proceso y como tal exige que se cumplan con los requisitos procesales fijados en la ley como el hecho de saber de los cargos que se le imputan, derecho a ser escuchado, a intervenir, a ser juzgado por su juez natural, con observancia de las formalidades de fondo y de forma, práctica de pruebas, contradecir las que se presenten en su contra, y en base de todo ello a una sentencia motivada.

En sentido estricto, la defensa está concebida como la contestación a la acusación que hace el procesado, son todas aquellas actividades ejecutadas a favor del procesado o acusado y de sus derechos, que están encaminadas a conseguir sus objetivos dentro de la causa; siendo así es contraria a la acción. Carnelutti acogiendo las ideas Hegelianas dice que la defensa nos coloca ante



“una disposición dialéctica de elementos que remite a la tríada lógica de la acción como tesis, la defensa como antítesis y la decisión jurisdiccional como síntesis”²¹

Conforme se puede apreciar el derecho a la defensa, por su naturaleza especial emerge desde el momento mismo en que se da inicio a la imputación, aún cuando se esté dentro de la etapa de indagación previa, que a su vez irá desarrollándose y perfeccionándose en el transcurso del proceso.

A continuación algunos conceptos que sobre el derecho a la defensa han dado varios autores:

Jorge Vázquez Ricci, nos dice que “El derecho a la defensa es un verdadero poder junto con el de la acción y la jurisdicción, para la válida realización penal, ello en razón de que estos poderes son los que dirigen la actividad de los sujetos procesales en todo el proceso, pero que tienen a su vez una existencia previa al mismo, ya que su fuente es de índole sustantiva constitucional”²².

En el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas se dice que el derecho a la defensa “es la facultad otorgada a cuantos, por cualquier concepto, intervienen en las actuaciones judiciales, para ejercitar, dentro de los mismos, las acciones y excepciones que, respectivamente pueden corresponderles como actores o demandados; ya sea en el orden civil como en el criminal, administrativo o laboral. En lo personal, la potestad de repelar los ataques directos e injustificados en los límites de la denominada legítima defensa”²³

Otro concepto dado por el autor colombiano Pedro Pablo Camargo nos dice que “el derecho a la defensa, es un derecho constitucional fundamental, de aplicación inmediata, y se aplica en todos los campos de la actividad humana y en todas las esferas del derecho, sin limitación alguna. Nadie puede pretextar la falta de

²¹ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal”. Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 139.

²² VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 80.

²³ CABANELLAS Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Editorial Heliasta. 28ava Edición. Argentina. 2003. Pág. 125.



reglamentación legal para desconocer el derecho de defensa de las personas”²⁴
Siguiendo la misma obra del autor colombiano, que cita lo que sobre este tema ha dicho la Corte Constitucional, de que el derecho a la defensa es un elemento esencial del debido proceso.

Para Arcenio Ore Guardia, en su obra Manual de Derecho Procesal, “el derecho a la defensa es un derecho fundamental e imprescriptible en un debido proceso que permite al imputado hacer frente al sistema penal en una formal contradicción con igualdad de armas”²⁵

De los conceptos anotados se concluye que el derecho a la defensa es un derecho fundamental, una garantía constitucional ajustable en todos los campos de la actividad humana, de aplicación inmediata, y en todas la esferas del derecho sin limitación alguna, sea: civil, administrativa, fiscal, laboral y ni se diga penal; en esta última es necesario que el juzgador observe cuanta regla de procedimiento consta en la Ley para que el proceso sea válido del cual debe estar informada la persona que está siendo investigada a fin de que haga uso pleno de su derecho a defenderse.

También se puede observar que el derecho a la defensa o derecho de defensa es parte fundamental del debido proceso, ya que con este derecho se garantiza la posibilidad de que el procesado concurra al proceso, se haga parte de este, se defienda, presente alegatos y evacúe las pruebas que crea le son favorables para su defensa, controvertir las pruebas presentadas en su contra, impugnar la sentencia condenatoria, defenderse en la audiencia de juicio que es inseparable del derecho de audiencia pública.

Relacionado con lo que se deja anotado, incluso la Corte Constitucional del Ecuador, consagra que el debido proceso, es un derecho fundamental que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas, si ello es así también es aplicable para el derecho a la defensa o derecho de defensa.

²⁴ CAMARGO, Pedro Pablo. “El Debido Proceso”. Editorial Leyer. Bogotá. 2000. Pág. 146.

²⁵ ORE Guardia, Arcenio. Manual de Derecho Procesal. Editorial Alternativa. Lima. Pág. 29.



1.4 NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO A LA DEFENSA.

El tema de la naturaleza jurídica del derecho a la defensa o ubicación de este derecho, es complicado, al igual que sucede para determinar la naturaleza jurídica de otras instituciones del derecho. Esta situación de ubicar correctamente este derecho nos llevará a situaciones eminentemente operativas para llegar o arribar a una mejor aplicación del derecho.

El autor Jorge Vázquez Ricci en su Libro “La Defensa Penal”, señala que en lo que se refiere a la naturaleza jurídica del derecho a la defensa se pueden destacar tres líneas evolutivas convergentes:

- a. Aquella que proviene de la capacidad real del individuo de refutar cualquier ataque a su esfera personal, su privacidad y disponibilidad. Esta situación tiene que ver con las raíces antropológicas del individuo y que ha tenido varias manifestaciones y que en la realidad jurídica actual aparece más bien como una causa de justificación.
- b. El pensamiento jurídico de defensa tiene un mismo origen, está esencialmente dentro de las formas o prácticas procesales. Según una cita que hace el Autor Jorge Vázquez a Silva manifiesta que antes de constituirse el derecho a la defensa como principio o derecho fundamental, se desarrollaron las técnicas del proceso, a través de las oportunidades que se concede a las partes en litigio, a fin de que los hagan valer ante la autoridad juzgadora, ello en el campo civil y en el campo penal con un sistema procesal de corte acusatorio, ya que no sucede lo mismo en el sistema inquisitivo de épocas pasadas, donde el derecho a la defensa para el imputado, acusado, procesado era nulo.
- c. No se puede olvidar que con el sistema penal inquisitivo se dio un retroceso del derecho a la defensa en Estados con regímenes monárquicos, es en este momento donde vemos la influencia de un concepto político relacionado con el valor de la seguridad jurídica, conforme ya se dijo no se puede decir que en regímenes absolutistas los súbditos gocen de todas las garantías que se consagran en un Estado



democrático. Es el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX el que planteó de una forma sustantiva el derecho a la defensa como un requisito para antes y durante el proceso o procedimiento penal.

Entonces respecto a la naturaleza jurídica del derecho a la defensa se puede afirmar que este tiene una naturaleza jurídica sustantiva, constitucional, ello significa que es anterior, lógica, jerárquica y cronológicamente a toda regulación procesal y que si bien su marco normal de aplicación se da dentro de una regulación procesal, no es exactamente de índole procesal. “El proceso no constituye el derecho de defensa, sino que debe regular las oportunidades debidas de manifestación; un procedimiento de cualquier género, que se hiciese al margen o en violación de la garantía de defensa, devendría insalvablemente nulo, carecería de efectos jurídicos válidos y debería ser jurisdiccionalmente revisado. Porque también de la índole sustantiva del derecho de defensa se deriva, como ha sido explicitado por la jurisprudencia Argentina que su ámbito de aplicación se extienda sobre toda relación jurídica en la que, a resultas de la misma, uno de los integrantes pueda experimentar el menoscabo o privación de un derecho o un bien”²⁶.

Por esta razón, el derecho a la defensa es un derecho humano fundamental que debe ser aplicado y observado en todos los ámbitos del derecho, civil, administrativo y ni se diga en el ámbito penal. El derecho a la defensa no puede ser únicamente formal, muy por el contrario, debe haber un reconocimiento impregnado de una valoración constitucional, que esté íntegramente garantizado siendo así en forma armónica actuarán las facultades o prerrogativas de las partes en defensa de sus intereses. Solo así el derecho a la defensa tendrá y cobrará la debida importancia y vigencia en todas las ramas del derecho, en especial en el ámbito penal, en donde algunas legislaciones han puesto mayor énfasis o interés.

²⁶ VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. “La Defensa Penal” Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996. Pág. 80.



En conclusión el derecho a la defensa y las garantías que giran en torno de este son condiciones establecidas con anterioridad por el ordenamiento constitucional para solo así realizar en forma válida el Derecho Penal a través del proceso penal; y, que todos los procesos que se instauren deberán observar y aplicar con amplitud, operatividad y sin restricción, formas de efectivizar el derecho a la defensa, ya que de no existir la misma, todo lo actuado será rechazado.

1.5 OBJETIVOS DEL DERECHO A LA DEFENSA.

De lo investigado hasta este momento se deduce que el derecho a la defensa como principio integrador del debido proceso persigue los siguientes objetivos:

- a. Frenar la arbitrariedad con la que puede actuar la autoridad juzgadora en un proceso penal.
- b. Que la persona que está siendo procesada esté informada desde el inicio de la investigación para que las actuaciones sean válidas.
- c. Que los involucrados en el proceso puedan presentar sus pruebas y rebatir aquellas que le causan responsabilidad.
- d. Asegurar la efectiva realización de los principios procesales de contradicción e igualdad.
- e. Proteger los derechos del procesado, por cuanto mientras no haya sentencia en firme no será considerado como responsable del cargo que se le imputa.

1.6 CLASIFICACION DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Se distinguen dos tipos o clases del derecho a la defensa:

- a. **La defensa material**, que se ejercita personalmente por el imputado, por lo tanto también se llama autodefensa y se materializa mediante manifestaciones de voluntad, haciéndose escuchar las veces que considere importantes, absteniéndose de declarar, presentando peticiones



de diverso orden, confrontándose con quienes la ley lo permite, este tipo de defensa está garantizado también en Tratados Internacionales. En nuestro sistema normativo esta forma de defensa sí está permitida, tanto en la Constitución vigente, en el Artículo 76, numeral 7, literal h que dispone:

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

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:...h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes;...”

Así también el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal en su parte final señala que la Jueza o Juez de Garantías Penales puede autorizar que el procesado haga uso de este derecho, esto es, ejerza su propia defensa conocida como defensa material o autodefensa. Nuestra norma procesal señala:

“**Art. 12.-...**La Jueza o Juez de Garantías Penales o el Tribunal de Garantías Penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica”

- b. **La defensa formal o técnica**, que se la ejercita por medio de un profesional del derecho que completando las limitaciones del imputado, formula alegatos, interviene en los interrogatorios y hace observaciones que considera pertinentes. La defensa técnica constituye el asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso. Esta forma de defensa, es una garantía constitucional vigente para el Ecuador, por cuanto la Constitución vigente en el Artículo 76, numeral 7, literal g señala:



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

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:...g) En procedimientos judiciales ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”

Si bien como garantía del derecho a la defensa esta se clasifica en defensa material y en formal o técnica, la pregunta es, para el caso ecuatoriano, ¿toda persona que está siendo procesada está en capacidad, al menos económica de contar con una defensa técnica?

1.7 EL ROL DE LA FISCALIA, JUEZ O JUEZA DE GARANTIAS PENALES, OFENDIDO Y PROCESADO O ACUSADO EN EL DERECHO A LA DEFENSA EN EL PROCESO PENAL.

En los textos revisados por ocasión de este trabajo se pone énfasis en el derecho a la defensa del investigado, procesado o acusado; y, en cuanto al derecho a la defensa del ofendido no se hace mayor relación, en razón de que según el Doctor Luis Abarca, “la función del ofendido en el proceso penal acusatorio consiste en intervenir contingentemente como parte civil, reclamando la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el delito, mediante acusación particular...se trata de una función contingente porque no es necesaria para que el proceso penal cumpla con su finalidad, que consiste en la declaratoria de la responsabilidad penal del acusado”²⁷

Según el autor citado en líneas anteriores en el sistema procesal penal acusatorio el que tiene que defenderse de las imputaciones de la Fiscalía, obviamente es el procesado o acusado, ya que solo este, es el titular del derecho a la defensa, en

²⁷ ABARCA, Galeas Luis. “Lecciones de Procedimiento Penal”. Tomo VI. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito. 2003. Pág. 138.



el proceso penal, por cuanto a la Fiscalía, según la Constitución del 2008, le asisten las facultades que están determinadas en la Constitución y la Ley.

Según el Artículo 195 de la Constitución dispone:

“Art. 195.- La Fiscalía dirigirá, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal; durante el proceso ejercerá la acción pública con sujeción a los principios de oportunidad y mínima intervención penal, con especial atención al interés público y a los derechos de las víctimas. De hallar mérito acusará a los presuntos infractores ante el juez competente, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal.

Para cumplir sus funciones, la Fiscalía organizará y dirigirá un sistema especializado integral de investigación, de medicina legal y ciencias forenses, que incluirá un personal de investigación civil y policial; dirigirá el sistema de protección y asistencia a víctimas, testigos y participantes en el proceso penal; y, cumplirá con las demás atribuciones establecidas en la ley”

Por su parte el Artículo 282 del Código Orgánico de la Función Judicial en los numerales 1, 3 señala la las funciones que le corresponden a la Fiscalía General del Estado:

“Art. 282.- Funciones de la Fiscalía General del Estado. A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

- 1.- Dirigir y promover, de oficio o a petición de parte, la investigación preprocesal y procesal penal, de acuerdo con el Código de Procedimiento Penal y demás leyes, en casos de acción penal pública; de hallar mérito acusar a los presuntos infractores ante el Juez competente e impulsar la acusación en la sustanciación del juicio penal;
- 3.- Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de



acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria...”

En concordancia con las disposiciones anteriores el artículo 10 y 25 del Código de Procedimiento Penal señala:

“Art. 10.- Impulso Oficial.- El proceso penal será impulsado por la fiscal o el fiscal y la jueza o juez, sin perjuicio de gestión de parte”

“Art. 25.- Funciones de la fiscal o el fiscal.- Corresponde a la fiscal o el fiscal, según lo previsto en la Constitución y este Código dirigir la investigación preprocesal y procesal penal.

De hallar fundamento, acusará a los presuntos infractores ante las juezas y jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales competentes, e impulsará la acusación en la sustanciación del juicio penal. Si hay varios agentes fiscales en la misma sección territorial, la intervención se establecerá, de acuerdo con el reglamento que expedirá la Fiscalía”.

Es el Artículo 225, numeral 1, que determina una de las varias funciones que tienen el Juez o Juezas, ahora denominados de garantías penales:

“Art. 225.- Competencia.- Las juezas y jueces de lo penal, además de las competencias atribuidas en el Código de Procedimiento Penal, son competentes para:

2. Garantizar los derechos de la persona imputada o acusada y de la persona ofendida durante la etapa de instrucción fiscal, conforme a las facultades y deberes que le otorga la ley...”

El artículo 222-A, signado de esta manera luego de las últimas reformas de marzo del 2010, determina la intervención del ofendido:



“Art. 222-A.- Intervención del ofendido.- El ofendido puede solicitar a la fiscal o el fiscal los actos procesales que considere necesarios para comprobar la existencia del delito, así como la responsabilidad del procesado. Si para obtenerlo requiere la orden judicial, la fiscal o el fiscal la obtendrá la Jueza o Juez de Garantías Penales”

Veamos lo que el Código de Procedimiento Penal señala sobre el rol del procesado o acusado:

“Art. 70.- Denominación y derechos.- Se denomina procesado la persona a quien la fiscal o el fiscal atribuya participación en un acto punible como autor, cómplice o encubridor; y, acusado, la persona contra la cual se ha dictado auto de llamamiento a juicio o en contra de la cual se ha presentado una querrela.

El procesado y el acusado tienen los derechos y garantías previstos en la Constitución y demás leyes del país, desde la etapa preprocesal hasta la finalización del proceso”

“Art. 222.- Intervención del Procesado.- El procesado puede presentar a la fiscal o el fiscal los elementos de descargo que considere convenientes para su defensa. Si para obtenerlos se requiere de orden judicial, la fiscal o el fiscal la obtendrá de la Jueza o Juez de Garantías Penales”

De todas las disposiciones constitucionales y legales anotadas respecto del rol que cumple la Fiscalía, el ofendido y el procesado o acusado en la comisión de un delito con relación al derecho a la defensa, se demuestra que a la Fiscalía le corresponde promover la investigación preprocesal y procesal, si cuenta con elementos suficientes impulsa la acusación penal, tiene un rol primordial, con la obligación si bien de investigar la comisión del delito pero de garantizar el derecho a la defensa del procesado o acusado, si no lo hace esa investigación o instrucción está viciada; al Juez o Jueza de Garantías Penales, le corresponde como su nombre lo dice, velar porque en el procedimiento se haya precautelado todas las disposiciones del debido proceso, para garantizar el derecho a la



defensa; el ofendido su rol es totalmente secundario, a él no le corresponde el impulso de la acción penal pública, su intervención es contingente e incluso por la ofensa recibida puede reclamar indemnizaciones en la vía civil o mediante la acusación particular presentada con oportunidad; en tanto que al investigado, procesado o acusado si le corresponde hacer uso de su derecho a la defensa, debiendo ser oportunamente informado, presentado pruebas, contradiciendo las que se hayan presentado y practicado en su contra, accediendo a todos los documentos y actuaciones tanto investigativas cuanto procesales, exigiendo motivación de los fallos y recurriendo de las resoluciones que se hayan dictado en su contra.

El titular efectivo de este derecho fundamental, parte del debido proceso, indudablemente que es el investigado, procesado o acusado. El ofendido cobra trascendencia dentro del proceso cuando se convierte en acusador particular y es respecto a estas imputaciones que también el procesado debe defenderse.

El actual sistema se levanta sobre tres pilares fundamentales, la Fiscalía, con su rol de investigación, monopolio de la acción penal, acusador cuando exista mérito basado en los principios de mínima intervención y de defensa de la víctima; el Juez de Garantías Penales, con su función de garantizar el debido proceso, administrar justicia por medio de sus fallos; y, finalmente la Defensoría Pública Nacional, encargada de velar por el derecho de defensa del justiciable.

1.8 UBICACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA EN RELACION CON LA NORMA CONSTITUCIONAL.

En este tema a fin de ubicar el derecho a la defensa en relación con la norma constitucional es necesario primero analizar, la nueva definición que sobre el Estado da la Constitución del 2008. Al respecto el Artículo 1, señala lo siguiente.

“Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural,



plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa prevista en la Constitución.

Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”

En la parte primordial y que más interesa a este tema es aquel de que “El Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia...”, cuando por primera se conoció el texto del Artículo 1 de la Constitución actual, modestamente se pensó que se trataba de un error de impresión, ya que hay Estados calificados como de derechos y justicia, quizá la razón para entender de esta forma el hecho de haber sido formados dentro de una escuela positivista donde la fuente más importante del derecho es la ley. Se sabe, que la Constitución vigente se enmarca dentro de lo que los entendidos han denominado **neoconstitucionalismo**, entendida como “aquella filosofía política que considera que el Estado Constitucional de derecho representa la mejor o más justa forma de organización política”²⁸

Esta nueva corriente, que ha iniciado en Europa en la década de los setenta, del siglo pasado, dio como resultado “una Constitución transformadora que pretende condicionar de modo importante las decisiones de la mayoría, pero cuyo protagonismo fundamental no corresponde al legislador, sino a los jueces”²⁹

Esta propuesta sin bien atrae expectativas y siendo más románticos, genera esperanzas, no deja de atraer al mismo tiempo dudas, porque en el proceso para su realización va a encontrar resistencias y detractores. Sin embargo, acogiendo las palabras del Doctor Santiago Andrade, ya está vigente y hay que aprehenderla. En el anterior sistema, el protagonismo lo tenía el legislador, ahora lo tienen los jueces y para este reto se están capacitando porque hay que aceptar

²⁸ Pietro Sanchis, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Editorial Trotta. Madrid. Página 123.

²⁹ Ibidem. Página 127.



la subsunción de la ley a los principios constitucionales?, este cambio implica un giro de trescientos sesenta grados, en la forma de aplicar el derecho, ya no hablamos ahora de aplicación irrestricta de la ley, sino de la aplicación irrestricta de los principios constitucionales, sobre todo como entender la igualdad, ya no ante la Ley, sino como el principio de que “Todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos y oportunidades...”, conforme lo dispone la Constitución actual.

Principio que ahora es entendido como el de la “igual valoración jurídica de las diferencias, basado en el principio normativo de la igualdad en los derechos fundamentales –de participación, de libertad, de protección- y al mismo tiempo en un sistema de garantías capaces de asegurar su efectividad”³⁰. Esta forma de entender este principio, que todas las personas son iguales, supera aquello de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales, tal como lo concebía Aristóteles y las otras formas de interpretar la igualdad. Al aplicar este principio, el Juzgador, debe analizar que no siempre es necesario el trato por igual a todos los seres humanos, sino que para no discriminar habrá que tratar diferente o si se quiere desigual, para que paradójicamente produzca resultados que no importen desigualdad y no causen discriminación, sino más bien generen igualdad.

Para el Doctor Ramiro Ávila Santamaría el Estado Constitucional de derechos y justicia es un paso adelante del estado social de derechos. Se podría considerar que el Estado constitucional es suficiente para comprender a los derechos, dado que las Constituciones contemporáneas son materiales³¹.

Si bien ya se sabe que el Ecuador es un estado constitucional de derechos y justicia, donde el encargado de administrar justicia tiene que buscar, proteger y garantizar los derechos consagrados en la Constitución, aplicándoles en forma prioritaria aún sobre las normas consagradas en la ley, en donde debe primar los derechos y la justicia aún con un trato desigual para conseguir la igualdad, el

³⁰ Ferrajolli Louis, Igualdad y Diferencia. La ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. 3ra. Edición. 2003. Página 75.

³¹ AVILA Santamaría, Ramiro. “Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia”. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2008. Pág. 37.



derecho a la defensa está considerado como un derecho fundamental que forma parte del derecho al debido proceso, garantizando que en el Ecuador tenemos derecho al debido proceso en todo tipo de procedimiento en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden.

Es por ello que siendo que el derecho a la defensa es parte integrante y fundamental del debido proceso, en la Constitución actual está considerado dentro de los derechos de protección, en el Capítulo VIII, Título II, de los Derechos. Específicamente encontramos el derecho a la defensa como parte del debido proceso y las garantías que hacen efectivo este derecho en el Art. 76, numeral 7, literales a, b, c, d, e, f, g, h, i, j, k, l y m; y en el Artículo 77, numeral 7, literales a, b y c como garantías específicas del derecho a la defensa en un proceso penal.



CAPITULO II

GARANTIAS DEL DERECHO A LA DEFENSA

2.1 ASPECTOS GENERALES.

El artículo 76 de la Constitución, en su numeral 7 señala que: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías...” y en varios literales señala las diferentes garantías que rodean al derecho a la defensa o si se quiere las protecciones que en este caso proporciona la Constitución a fin de que se haga efectivo el derecho a la defensa.

Antes de revisar cada una de las garantías que posibilitan la realización del derecho a la defensa, es necesario analizar que entendemos ahora por garantías que hacen efectivo el derecho a la defensa.

El autor argentino Enrique Alberto Stoller, en su libro “Garantías y Procesos Constitucionales”, en su análisis sobre la Constitución Argentina, hace una distinción entre declaraciones, derechos y garantías constitucionales precisamente relacionados con los derechos fundamentales o derechos humanos que señala el texto constitucional argentino. Para este autor, las declaraciones se refieren a la nación en su conjunto, entendida como organización política, a las autoridades que ha instituido, a las provincias como parte de la nación y depositarias de soberanía propia, y a los hombres todos del mundo. En tanto que los derechos, son los que corresponden a todo ser humano en su calidad de tal, reconocidos por la Constitución, que pertenecen al pueblo y a los ciudadanos y que la Constitución concede, los que acuerda para los extranjeros, los que se reservan no enumerados pero inherentes al principio de soberanía popular, los que pertenecen a los poderes y hombres que desempeñan, y los que



corresponden al pueblo, no delegados al gobierno general. Las Garantías, por su parte son todas aquellas seguridades jurídico-institucionales que la propia Constitución señala para posibilitar la vigencia de los derechos y libertades reconocidas u otorgadas.

Se colige que las garantías en este caso que rodean al derecho a la defensa son seguridades para que este derecho no sea vulnerado, recordando además que el derecho a la defensa es la base fundamental sobre el que se erige el debido proceso. Estas garantías del derecho a la defensa están consagradas en el Artículo 76 de la Constitución vigente, numeral 7, que establece varias garantías a fin de hacer efectivo el tantas veces nombrado derecho a la defensa, parte fundamental del debido proceso. Esta norma constitucional señala lo siguiente:

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

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

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

b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.

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

e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto.



- f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que se sustancia el procedimiento.
- g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor.
- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra.
- i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para este efecto.
- j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo.
- k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto.
- l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.
- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

Por lo tanto la Constitución del 2008 y la normativa supranacional rodean de una serie de garantías o seguridades para hacer efectivo el instrumento del debido proceso y por ende el derecho a la defensa, para que ninguna autoridad judicial,



civil o administrativa intente vulnerarla o piense desconocerla. Recordemos garantías y derechos como parte del debido proceso, que es otro derecho humano fundamental, definido como “el conjunto de actuaciones, fórmulas, solemnidades procesales que se dan dentro de una litis y que impulsan su marcha desde su nacimiento. El proceso, es el universo de toda controversia judicial, pues en él participan las partes, los representantes del Estado, terceros partícipes de pruebas, testigos, peritos, etc.”³²

2.2 DEFENSA EN TODO EL PROCEDIMIENTO, TIEMPO Y MEDIOS PARA PREPARARLA; SER ATENDIDO OPORTUNAMENTE EN IGUALDAD DE CONDICIONES.

a. Garantía de defensa en todo procedimiento, si vale la redundancia esta garantía que rodea al derecho a la defensa implica, conforme se mencionó anteriormente que el derecho a la defensa para las personas, es válido en todo tipo de proceso o procedimiento, sea este, civil, administrativo, fiscal, laboral e indudablemente en el proceso penal. Además que esta garantía del derecho a la defensa debe estar presente desde el inicio de la investigación o procedimiento sea este pre procesal o procesal, hasta la resolución final, porque si ello no se hubiera dado así ocasionará la nulidad de la investigación, proceso o procedimiento realizado y la ineficacia probatoria.

Esta garantía del derecho a la defensa consta en los Artículos. 75 y 76, numeral 7, literal a) de la Constitución vigente que establece:

“Art. 75.- Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión...”

³² MORAN Sarmiento, Rubén. “Derecho Procesal Civil Práctico”. Tomo I. Imprenta Imagen. Guayaquil. 1999. Pág. 109.



“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento”

Relacionado con este principio el Art. 11 del Código de Procedimiento Penal dispone:

“Art. 11.- Inviolabilidad de la defensa.- La defensa del procesado es inviolable.

El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas.

Si el procesado está privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir acto seguido a la Jueza o Juez de Garantías Penales, al Tribunal de Garantías Penales de la causa o a la Fiscalía las peticiones u observaciones que formule”

De las disposición constitucional y legal anotada se llega a la conclusión de que en el Ecuador está garantizado el derecho a la defensa en todo procedimiento en razón de lo que se establecen las normas antes transcritas según las cuales el derecho a la defensa es inviolable, esto es, que no se puede renunciar, toda persona tiene derecho a la defensa ya que en ningún caso puede quedar en indefensión, además goza de este derecho en todo el proceso o procedimiento, desde que inicia, incluyendo en el ámbito penal en la etapa de indagación previa, hasta que el proceso culmina con la sentencia. Además si en todo proceso debe asegurarse el derecho al debido proceso, que indudablemente incluye el derecho a la defensa que está considerado como la base fundamental sobre la que se erige el debido proceso indudablemente que al garantizarse el derecho al debido proceso, también incluye ipso facto al derecho a la defensa.



En el tema de que la defensa es inviolable y que implica que no se puede renunciar el artículo 115 del Código de Procedimiento Penal dispone que aún cuando el procesado autor de la infracción, las autoridades correspondientes tendrán que practicar los actos procesales necesarios para el esclarecimiento de la verdad.

En el campo penal, se diría también que el derecho a la defensa está garantizado en todo el proceso penal, esto lo confirmamos con lo que establece el Artículo innumerado luego del artículo 5 de las reformas introducidas al Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Suplemento al Registro Oficial Nro. 555 del 24 de marzo del 2009, norma que dispone lo siguiente:

“Art. ...(5.1).- Debido Proceso.- Se aplicarán las normas que garanticen el debido proceso en todas las etapas o fases hasta la culminación del trámite; y se respetarán los principios de presunción de inocencia, inmediación, contradicción, derecho a la defensa, igualdad de oportunidades de las partes procesales, imparcialidad del juzgador y fundamentación de los fallos”

Sin lugar a dudas que en razón de las normas constitucionales y legales en el Ecuador está garantizado el derecho a la defensa en todo tipo de proceso y durante todo el procedimiento, sólo así aquel procedimiento tendrá validez jurídica que a su vez desembocará en seguridad jurídica que es el fin del Estado para sus asociados.

Vale aquí un comentario afortunadamente vemos que el constituyente al redactar el principio constitucional sobre quienes tienen derecho a la defensa no se refiere ni a procesado ni acusado como sí lo hace el Código de Procedimiento Penal, corrigiendo de esta manera el error en el que incurre el legislador conforme lo señalaba el Doctor Jorge Zavala Baquerizo.



b. Tiempo y medios para prepararla: Esta garantía está consagrada en el artículo 76, numeral 7, letra b) de la Constitución:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”

Esta garantía del derecho a la defensa es nueva para el constitucionalismo ecuatoriano, en razón de que no la encontramos en la Constitución Política de 1998, ahora bien, esta garantía del derecho a la defensa según la Constitución vigente tiene dos partes: por un lado tener el tiempo para preparar la defensa; y, por otra parte, el procesado tiene el derecho a tener los medios para preparar su defensa.

En cuanto al tiempo para preparar la defensa esta entra en contraposición con los plazos que señala la ley, en su mayor parte para la Fiscalía y los plazos que se deben observar en las diferentes fases del proceso penal, plazo para la indagación, para la audiencia de formulación de cargos, el tiempo que debe durar la instrucción fiscal, etc. Sin embargo si como garantía del derecho a la defensa se establece que tiene derecho al tiempo necesario para preparar la defensa, nos preguntamos: ¿cuál es ese tiempo?

Los medios para preparar la defensa, hay que hacer una diferenciación entre medios de prueba y medios de defensa. Los medios de prueba, son aquellos elementos de los que se vale el procesado para justificar la existencia objetiva de los hechos, situaciones y circunstancias que dijo los tenía a su favor, los medios de prueba se orientan a probar o verificar los hechos, situaciones y circunstancias en la audiencia del juicio. En tanto que los medios de defensa son aquellos mecanismos que orientan la investigación, tanto de la defensa como de los órganos procesales; y, la defensa utilizando los diferentes medios de prueba dirigen su labor para la verificación de los hechos, esto ya en la audiencia del juicio.



Entre los principales medios para ejercitar la defensa tenemos:

- La versión libre, voluntaria y sin juramento del investigado procesado o acusado en compañía de su abogado defensor particular o de la Defensoría Pública Nacional, sirve como medio de defensa en la investigación preprocesal y en la etapa procesal, sea para brindar datos sobre la no participación del procesado en el hecho que se le acusa; la existencia de causas de justificación, indicando al mismo tiempo los mecanismos de prueba que demuestran la verdad de la información que proporciona. Posterior en la etapa de juicio será el testimonio con o sin juramento, que en caso de ser verdadera es atenuante. Ni en la versión ni testimonio el individuo puede inculparse, para eso se encuentra acompañado de un profesional del derecho.
- El derecho al silencio, es el medio por el cual, el justiciable decide no habar ni en su versión ni testimonio, lo que significa que Fiscalía deberá contar con otros medios probatorios.
- La oposición que el investigado, procesado o acusado por medio de su abogado defensor presenta por escrito ante el Fiscal, Juez o Tribunal, explicando los hechos y circunstancias que desvanecen o desvirtúan los elementos recopilados en el proceso con los que se le acusa, ya sea porque la conducta ilícita objeto del proceso es atípica, porque hay alguna causa de justificación, porque actúo en su legítima defensa, porque la voluntad estuvo viciada, porque no actúo dolosamente, porque no es el autor. Esta oposición por escrito debe hacerse cuando el procesado o acusado es notificado con el inicio de la instrucción o cuando haya sido privado de la libertad.
- Otro medio de defensa a favor del investigado, procesado, es la contradicción probatoria, pudiendo intervenir en todos los actos procesales que impliquen elementos de prueba en contra del procesado, a través de presentar observaciones, impugnar o pedir ampliaciones sobre los medios de prueba presentados, oponerse a las pruebas obtenidas inconstitucionalmente. Para refutar estas pruebas de cargo en contra del



procesado o acusado se lo hará mediante un análisis lógico, crítico y cognoscitivo.

- El justiciable tiene otro medio de defensa a su favor que es la introducción de pruebas de descargo a su favor, a través de pedir al Fiscal tanto en la indagación previa cuando en la etapa de instrucción fiscal se proceda a practicar las pruebas necesarias que aporten elementos de descargo.
- El derecho a la defensa es inseparable del derecho a juicio, el actual sistema permite, que la prueba material testimonial documental presentada en juicio, sea contradicha, opuesta por el acusado, lo que exige a la defensa la suficiente preparación y conocimiento del derecho.

c. Ser atendido oportunamente en igualdad de condiciones: Se establece esta garantía para el derecho a la defensa de toda persona, que está contemplada en el Artículo 76, numeral 7, literal c) de la Constitución.

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones...”

La forma como está redactada esta garantía es una innovación de la Constitución del 2008, puesto que la Constitución Política de 1998, traía una norma que podemos decir se acopla a lo que establece la Constitución actual, ya que en la Constitución de 1998, numeral 17 constaba así:

“**Art. 24.- Garantías del debido proceso.-** Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:...17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso



alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”

Al repasar sobre el origen del derecho a la defensa se había dicho que el mismo es producto de la incansable lucha de los menos poderosos frente a los más poderosos, estos últimos que ostentan el poder y ha sido necesario a través del establecimiento de derechos y garantías fundamentales el reconocimiento de ciertos derechos a fin de frenar o poner límites al ejercicio del poder de quienes lo ejercen, se había dicho que esta lucha al principio desigual intentaba a toda costa ser igual, a fin de que la contienda que provoca el proceso se dé en un espacio donde los involucrados actúen en igualdad de armas. Siendo así tiene perfectamente sentido y justificación el hecho de que la persona acusada en un proceso penal sea atendida oportunamente por las autoridades judiciales o administrativas y en igualdad de condiciones.

Lo anteriormente expuesto guarda relación con lo que establece el Artículo 14 del Código de Procedimiento Penal:

“Art. 14.- Igualdad de derechos.- Se garantiza a la fiscal o el fiscal, al procesado, a su defensor, al acusador particular y sus representantes y las víctimas el ejercicio de las facultades y derechos previstos en la Constitución de la República y este Código”.

Este principio obliga a la Fiscalía, que los requerimientos del justiciable sean inmediatamente atendidos, si hay una negativa será fundamentada. El actual proceso penal señala que en caso de delitos flagrantes la instrucción fiscal durará 30 días, límite de tiempo que exige del órgano investigador evacuar de forma inmediata y oportuna la diligencias solicitadas por la defensa. Viejas prácticas fueron los despachos de solicitudes luego de cerrada la instrucción fiscal.



2.3 PROCEDIMIENTOS PÚBLICOS Y ACCESO A DOCUMENTOS Y ACTUACIONES.

Aquí encontramos dos garantías imprescindibles para ejercitar el derecho a la defensa, por una parte que los procedimientos sean públicos y por otro el derecho que tiene la persona procesada, de la naturaleza que este sea, de acceso a todos los documentos y actuaciones.

a. Procedimientos públicos: Esta garantía consta en dos normas constitucionales, la primera como garantía del derecho a la defensa y consecuentemente del debido proceso y la segunda como un principio de la administración de justicia:

“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...d) Los procedimientos serán públicos salvo las excepciones previstas por la ley. Las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento...”

“**Art. 168.-** La administración de justicia en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

5. En todas sus etapas los juicios y sus decisiones serán públicos, salvo los casos expresamente señalados en la ley”

A más de la norma constitucional guarda relación, para el ámbito procesal el artículo 13 del Código Orgánico de la Función Judicial, que señala lo siguiente:

“**Art. 13.- Principio de Publicidad.-** Las actuaciones o diligencias judiciales serán públicas, salvo los casos en que la ley prescriba que sean reservadas. De acuerdo a las circunstancias de cada causa, los miembros de los tribunales colegiados podrán decidir que las deliberaciones para la adopción de resoluciones se lleven a cabo privadamente.



No podrán realizarse grabaciones en video de las actuaciones judiciales.´

Se prohíbe a las juezas y a los jueces dar trámite a informaciones sumarias o diligencias previas que atenten a la honra y dignidad de las personas o a su intimidad”

También es pertinente a este tema el Artículo 255 del Código de Procedimiento Penal:

“Art. 255.- Publicidad.- La audiencia del Tribunal de Garantías Penales será pública; pero será reservada cuando el proceso tenga por objeto el juzgamiento de los delitos comprendidos en los títulos I y VIII del Libro II del Código Penal, y se realizará con la sola presencia del acusado, del acusador particular si lo hubiere, de los defensores, de la fiscal o el fiscal, y del secretario, y si fuere del caso, de los peritos y de los testigos, sin que pueda violarse la reserva, durante o después de la audiencia.

No se admitirá la transmisión de la audiencia, a través de los medios de comunicación.

En ningún caso, la Jueza o Juez o Magistrado que conozca de una causa penal sometida a su resolución puede formular declaraciones públicas o privadas a los medios de comunicación social, antes del fallo. La violación de esta prohibición será sancionada con su destitución, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que hubiere”

Implica radical importancia de que esté considerada como una garantía fundamental del derecho a la defensa el hecho de los procedimientos sean públicos, en especial en el campo del proceso penal, que es considerado como una conquista del pensamiento liberal; indudablemente esta garantía se justifica en la idea del discurso, que es la idea de un Estado Constitucional de derechos y justicia, lo cual no podemos hacer en un Estado Totalitario o Autoritario, donde los procesos penales eran secretos; por lo tanto si las partes van a intervenir argumentando, afirmando, criticando, refutando y autocriticando sobre las



pretensiones de la otra parte, sus pruebas, sus objeciones es indispensable que el discurso sea público.

De no ser así, esto es, de ser el proceso secreto se va a prestar para manipulaciones que traiga como consecuencia injusticias. Esta garantía de publicidad que posibilita la efectividad del derecho a la defensa implica que las normas de procedimiento deben ser conocidos por todos, precisamente a través de esta garantía, se llega al conocimiento de que si alguien la infringió tenía pleno conocimiento de lo que realizaba, de la desobediencia a la norma y que esta falta implicaría una sanción

Gracias a esta garantía del derecho a la defensa si se quiere las reglas del juego deben estar claras para que las partes puedan concurrir en igualdad de condiciones y oportunidades ante el proceso, por lo tanto, “la publicidad es una exigencia sine qua non para que pueda existir contradicción a lo largo del proceso”³³ de esta forma se estaría evitando la arbitrariedad del órgano del Estado a quien se le ha delegado la administración de justicia.

Esta garantía de publicidad no se beneficia en la etapa de indagación previa o preprocesal, la misma que tiene el carácter de reservada, según el inciso quinto del artículo 215 del Código de Procedimiento Penal, pero para terceros ajenos al litigio y al público en general. Sin embargo la misma no es reservada para las partes involucradas en el proceso, sea ofendido o investigado o procesado, quienes sí tienen libre acceso a todos los elementos que se hayan incorporado a la investigación de la naturaleza que sea, en fin, cuanta diligencia se haya practicado para llegar al descubrimiento de la verdad en el hecho por el cual se ha abierto esa investigación.

Sabido es que los procesos penales que no son públicos son aquellos relacionados y regulados en el Código de la Niñez y la Adolescencia, así como también en casos de delitos sexuales.

³³ BERNAL Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Tercera Reimpresión. Bogotá. 2006. Pág. 361.



b. Acceso a documentos y actuaciones: Relacionado con la garantía de que el procedimiento sea público y de que las partes intervinientes en el proceso tengan acceso a documentos y actuaciones practicadas permiten ejercer de mejor manera el derecho a la defensa, puesto que en base de ellas, la persona que se defiende también podrá aportar sus elementos que tiendan a desvirtuar aquello que esté obrando o actuando en su contra.

Como se ha analizado el derecho a la defensa es una garantía para todo proceso según la norma constitucional invocada, el investigado, procesado o acusado tiene acceso a todos los documentos y actuaciones, para de esta manera contradecir los documentos que se haya presentado y que obren como prueba en su contra; así como también tienen derecho a estar presente en todas las actuaciones precisamente como garantía para hacer efectivo el derecho a la defensa y a la validez de las mismas. Esta garantía constitucional también consta en el Código de Procedimiento Penal en los Artículos 5.2 y en el inciso segundo del Artículo 11.

“Art. ...5.2.- Contradictorio.- Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación...”

“Art. 11.- Inviolabilidad de la defensa.- ...El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas...”

2.4 NO SER INTERROGADO SIN LA PRESENCIA DE UN ABOGADO DEFENSOR.

A continuación se analiza, una de las conquistas del derecho a la defensa, de trascendental importancia, la contenida en el Art. 76, numeral 7, literal e) de la Constitución vigente señala lo siguiente:



“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...e) Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto”

Sobre este mismo tema, ya para el proceso penal, guardan relación los Artículos 12 y 218 del Código de Procedimiento Penal que dispone lo siguiente:

“Art. 12.- Información de los derechos del procesado.- Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen. El procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, la Jueza o Juez de Garantías Penales debe designar de oficio un Defensor Público, antes de que se produzca su primera declaración. La Jueza o Juez de Garantías Penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica”

“Art. 218.- Declaración del procesado.- Durante la etapa de instrucción la fiscal o el fiscal recibirá y reducirá a escrito con fidelidad y en presencia del abogado defensor, la versión libre que sin juramento proporcione el procesado sobre las circunstancias y móviles del hecho y sobre su participación o la de otras personas.

La versión será firmada por el procesado, la fiscal o el fiscal y el defensor. Si el procesado no supiere o no pudiese firmar, se hará constar este particular y a nombre suyo firmará un testigo. Si no quisiere firmar, se hará constar este particular, y firmará un testigo”



Conforme se aprecia tanto la norma constitucional válida para todo tipo de proceso, cuanto la norma legal, dirigida para el proceso penal, señalan en forma expresa que si se recepta la versión del procesado, esta no será válida si este no ha contado con la presencia de un abogado defensor, sea particular o sea un defensor público proveído por el Estado. Sobre este tema vale un pequeño comentario en el sentido de que la Constitución del 2008 habla solamente de “presencia”, y no de “asistencia” conforme sí lo establecía la Constitución de 1998 en el Artículo 24, numeral 5:

“Art. 24.- Garantías del debido proceso.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

5. Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado, en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria”

La redacción de esta garantía contenida en la Constitución de 1998 parecería estar mejor, por cuanto no habla solamente de presencia, sino se refiere a la asistencia, se entiende al asesoramiento que le puede brindar el abogado que ha nombrado o elegido o aquel profesional que el Estado le ha dotado por cuanto el procesado no ha nombrado abogado defensor o no tiene los recursos para conseguir el patrocinio de un abogado particular, sin embargo no olvidemos la obligación ética del profesional del derecho en asistir y asesorar a su cliente.

Es necesario analizar en este momento una de las limitantes para la defensa pública, si bien en la actualidad se ha estructurado e institucionalizado la Defensoría Pública a nivel nacional, sin embargo que sucede sobre todo en casos de delitos flagrantes, cometidos en lugares distantes de las cabeceras



cantonales, como por ejemplo en el Cantón Camilo Ponce Enríquez que es el lugar más distante donde funciona Fiscalía y Juzgado Penal en nuestra provincia; los defensores públicos del Azuay deben acudir a dicho cantón dentro de las veinte y cuatro horas de la detención para asistir al justiciable en la audiencia o caso contrario pueden ser los defensores sujetos a sanción administrativa por “incumplimiento de funciones”. Sin embargo de la asistencia de la Defensoría a la audiencia, ¿que pasa con las actuaciones que se practicaron para encontrar los elementos necesarios para el Fiscal o la Fiscal del caso, que le lleven a la convicción que hay indicios suficientes para dar inicio a una instrucción fiscal, si varias de esas diligencias se realizaron sin la presencia del Defensor Público?

La transitoria segunda del Código de Procedimiento Penal del 11 de noviembre de 1999, prevenía que el Juez Penal, podía nombrar “mientras no se organice plenamente la Defensoría Pública Nacional” un defensor de oficio, que era un abogado en libre ejercicio de su profesión, cargo que era obligatorio, ahora la Defensoría Pública debe asistir a todos los justiciables que no cuenten con abogado particular, sin diferencia alguna del lugar de detención.

Un aspecto que va íntimamente relacionado con los Defensores Públicos y su actual estructuración, es brindar una defensa técnica, esto es, una defensa especializada por un abogado defensor técnico en la materia, que conozca de todo lo relacionado con el proceso por el cual se le imputa al procesado, en doctrina se habla de una defensa letrada, porque si no se cuenta con la misma, existe indefensión para el procesado ya que no estaría en igualdad de condiciones en la defensa y podría ser causa, como ya se ha aplicado en la legislación argentina incluso para declarar la nulidad de lo actuado en ese proceso. Este principio implica un reto, para que esta nueva institución estatal creada para la protección de los derechos humanos, cuente con personal suficiente, eficiente, profesionalizado, basado en los principios de lealtad, oportunidad, contradicción y controversia fáctica y jurídica para abordar esa ansiada defensa técnica. De la práctica muchas veces esa defensa ha estado no solo ajena al justiciable, sino ajena al conocimiento de la teoría, acudiendo incluso



a mecanismos dilatorios o entorpecedores de la actuación judicial, falsas promesas a los clientes, etc.

Un aspecto innovador de la norma constitucional es el hecho de que a más de que la persona no puede ser interrogado sin la presencia de su abogado defensor lo que acarrearía la ineficacia probatoria de ese elemento, esta versión o declaración tiene que ser tomada en los recintos destinados para el efecto y debe contar el defensor con el tiempo prudencial necesario y suficiente para preparar la defensa y conversar con su cliente sin restricción alguna.

2.5 ASISTENCIA DE UN TRADUCTOR O INTÉRPRETE COMO GARANTIA DEL DERECHO A LA DEFENSA.

Sobre este tema la norma constitucional señala lo siguiente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...f) Ser asistido gratuitamente por una traductora o traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma en el que sustancia el procedimiento”

La Constitución Política de 1998 traía la siguiente disposición:

“Art. 24.- Garantías del debido proceso.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

12. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra”

El Código de Procedimiento Penal, los artículos 13 para el caso del procesado y el artículo 121, respecto de la prueba testimonial señala lo siguiente:



“Art. 13.- Traductor.- Si el procesado no entendiera el idioma español, podrá designar un traductor. Si no lo hiciera, la fiscal o el fiscal o el tribunal lo designarán de oficio. El Estado cubrirá los costos de las traducciones”

“Art. 121.- Designación de intérprete.- Cuando el declarante no sepa el idioma castellano, la jueza o juez o el tribunal nombrará y posesionará, en el mismo acto, a un intérprete para que traduzca las preguntas y las respuestas de quien rinde el testimonio y, unas y otras se escribirán en castellano”

Tal como está redactada la norma en la actualidad no deja lugar a dudas de que se garantiza el ejercicio del derecho a la defensa, en todo procedimiento, en especial en un proceso penal, porque si el procesado no entiende el idioma oficial que hablamos en el Ecuador, estaría en indefensión, en razón de que no va a entender los cargos por los que se le acusa y tampoco va a poder presentar las pruebas de descargo que tenga a su favor. Esta garantía se observará cuando el procesado sea un extranjero con un idioma diferente al español, pero indudablemente que tendrá aplicación cuando sea procesado por un delito un ecuatoriano perteneciente a alguna de las nacionalidades que existen en el Ecuador, ya que así mismo mediante norma constitucional está reconocido que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, además plurinacional. Solamente como un comentario pero se puede apreciar que la norma constitucional en el Artículo 2 inciso segundo señala que el idioma oficial del Ecuador es el castellano, en tanto que la norma legal señala que si el procesado no entiende el idioma español se le proveerá de un traductor, según los entendidos en materia de lenguaje no es lo mismo el español con el castellano, recordando lo que sucedió en la Constituyente este término en su momento causó gran polémica.



2.6 SER ASISTIDO POR UN ABOGADO DEFENSOR.

En la Constitución actual esta garantía consta en el Art. 76, numeral 7, literal g):

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...g) En procedimientos judiciales, ser asistido por una abogada o abogado de su elección o por defensora o defensor público; no podrá restringirse el acceso ni la comunicación libre y privada con su defensora o defensor”

Por su parte el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal señala:

“Art. 12.- Información de derechos del procesado.- Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca, inmediatamente, los derechos que la Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen. El procesado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, la Jueza o Juez de Garantías Penales debe designar de oficio un Defensor Público, antes de que se produzca su primera declaración. La Jueza o Juez de Garantías Penales pueden autorizar que el procesado se defienda por sí mismo. En ese caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica”

En el tema de que el procesado tiene derecho a ser asistido por un abogado o abogada defensora de su elección ha causado inquietud en la opinión de algunos expertos en la rama del derecho constitucional, puesto que tal como está redactada la norma, pareciera que solamente en procesos judiciales el procesado tiene derecho a ser asistido por un defensor, pero que pasa en procesos que no son judiciales, como el caso de una contravención administrativa de carácter municipal que es juzgada por un Comisario Municipal, la pregunta es ¿acaso en este tipo de procedimientos el afectado no puede ser asistido y representado por una abogada o abogado de su elección y de su confianza? Afortunadamente



salva este conflicto, el encabezado del artículo 76 de la Constitución en el cual se establece que en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden y si hemos mencionado que esta garantía del derecho a la defensa que es parte a su vez del debido proceso, por lo tanto no hay razón para que aún en un trámite administrativo municipal no cuente el procesado con la asistencia de un abogado patrocinador. Ahora bien, la pregunta que nos queda es la siguiente: en este caso hay derecho a un defensor público si por alguna razón el involucrado no cuenta con recursos para pagar un abogado de confianza.

En el artículo 12 del Código de Procedimiento Penal, se reconoce el derecho del procesado a la autodefensa, facultando para que el defensor particular o público solamente se limite a controlar la eficacia de la defensa técnica. Tal como está la última parte de la norma causa preocupación, puesto que dice se limitará a controlar la eficacia de la defensa técnica, al parecer no se va a dar una intervención directa del defensor si el procesado o acusado decide él mismo defenderse. En mi opinión tal como está la norma no sería tan apropiada para garantizar el pleno ejercicio del derecho a la defensa, puesto que para el caso penal se requiere de una defensa especializada, de una defensa técnica. En la legislación argentina si se llega a la conclusión que el procesado o acusado no ha tenido una defensa técnica, apropiada o especializada es causal de nulidad del proceso, puesto que a más de vulnerar el derecho a la defensa, se estaría faltando al principio de igualdad ante la ley.

Al respecto también es necesario anotar lo que sobre el derecho a contar con un defensor de confianza o particular se dice en doctrina y es aquel de que si bien el procesado contrata un abogado de su confianza, sin embargo depende de las condiciones económicas que posea el procesado a tal punto de que se ha observado que se garantiza el derecho a la defensa para aquellas personas que tienen recursos económicos, que contratan abogados de renombre que por lo mismo solo ellos pueden pagar. Pero qué pasa con un procesado o acusado de escasos recursos económicos, que no puede contratar aquel abogado que de prestigio y renombre, esperemos que con la institucionalización de la Defensoría Pública se llegue a contar con defensores técnicos que defiendan igual que un



abogado considerado en el medio de prestigio, para hacer efectivo el derecho a la defensa y de igualdad.

Finalmente, la norma constitucional señala que el procesado tiene derecho a una comunicación libre y privada con su abogado patrocinador, esto como parte de la defensa, ya que el procesado es quien tiene derecho a elegir qué pruebas presenta o no para su defensa, por lo tanto es perfectamente razonable que pueda comunicarse de la forma en la que señala la norma constitucional. Sin embargo, para cumplir a cabalidad con esta garantía del derecho a la defensa deberá existir la infraestructura adecuada y contar con los recursos suficientes para implementarla, en la actualidad los espacios físicos o edificaciones con los que cuentan la Policía Nacional, los Juzgados no están debidamente acoplados para garantizar una comunicación directa y privada entre el procesado y su abogado y si observamos las edificaciones de los llamados Centros de Rehabilitación Social que tienen exceso de población, mucho menos, no puede ser limitada en ningún momento la defensa. El limitar el acceso a la persona que está siendo investigada fue una vieja práctica del órgano judicial, pero que afortunadamente está siendo eliminada.

2.7 PRESENTACION DE PRUEBAS Y DERECHO A LA CONTRADICCIÓN.

La Constitución del 2008 en su artículo 76, numeral 7, literal h) dispone lo siguiente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...h) Presentar en forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra”



Relacionada con esta garantía también está otra disposición del debido proceso constante en la Constitución, la norma es la que sigue:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...4. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley no tendrán validez alguna y carecerán de eficacia probatoria”

En el Código de Procedimiento Penal, se señalan varias disposiciones, entre ellas el artículo innumerado luego del Artículo 5 y el inciso segundo del Artículo 11 establece respecto a este tema lo siguiente:

“Art...(5.2).- Contradictorio.- Las partes tendrán derecho a conocer y controvertir las pruebas, así como a intervenir en su formación. El juez resolverá con base a los argumentos y elementos de convicción aportados. El juez carecerá de iniciativa procesal”

“Art. 11.-...El procesado tiene derecho a intervenir en todos los actos del proceso que incorporen elementos de prueba y a formular todas las peticiones y observaciones que considere oportunas...”

En general en el Código de Procedimiento Penal constan varias normas respecto a las clases de pruebas, materiales, testimoniales y documentales, a la forma cómo se las debe obtener y al derecho que tiene el procesado a estar informado de todas ellas, al acceso a las mismas y al derecho que tiene a realizar las observaciones o impugnaciones.

Según el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal la prueba sólo tiene valor si ha sido pedida, ordenada, practicada e incorporada al juicio conforme a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal. Está prohibido utilizar información obtenida con medios ilícitos como la tortura, maltrato, coacciones, amenazas engaños o cualquier otro medio que menoscabe la voluntad.



Ahora bien, según las normas transcritas habrá pruebas de cargo pero también el procesado tiene derecho a presentar pruebas de descargo y sobre las pruebas que se haya incorporado en su contra tiene derecho a contradecirlas. En el proceso penal oral actual, la fiscal o el fiscal luego de obtener elementos en la indagación previa que le lleven a la convicción de que se ha cometido un delito, solicita al Juez, audiencia para dar inicio a la instrucción fiscal, esta convicción tiene que fundarse en la existencia de elementos de prueba por lo menos indiciarios de la existencia real de un delito y la autoría o participación del procesado, elementos que hayan sido aportados por el Fiscal o por el ofendido. Cosa similar sucede cuando el Juez de Garantías Penales dicta auto de llamamiento a juicio en contra del acusado por considerar que durante la instrucción fiscal se han obtenido pruebas que conducen a que se ha dado la comisión de un delito, con presunciones graves e indudablemente con la participación del acusado, ya sea como autor, cómplice o encubridor. Hasta aquí aun no hay pruebas contundentes, siendo así aún pueden ser desvirtuadas los elementos que estén actuando como prueba en contra del acusado ya en la audiencia del juicio, porque el momento en que los indicios que han sido bases para considerar que se ha cometido un delito y que el acusado es responsable del mismo se convierten en pruebas, para que en base de ellas el Tribunal de Garantías Penales tome su resolución, solo adquieren la calidad de tales en la etapa del juicio.

Para que el procesado o acusado tenga derecho a contradecir las pruebas presentadas en su contra, esto es hacer sus observaciones o presentar sus alegaciones tiene que conocer, saber, tener acceso a las pruebas que se estén aportando en su contra, esto a más de permitir refutarlas, hacer alegaciones con el objeto de desvirtuar el valor probatorio de los elementos de prueba de cargo; además le permitirá preparar adecuadamente sus pruebas de descargo, solo al procesado y acusado se le permite o tiene la facultad de presentar únicamente las pruebas que le convengan. Los sujetos procesales gozan de la libertad de prueba, libertad para producir cualquier prueba, sin más limitaciones que las impuestas en el orden jurídico y los derechos de los demás.



2.8 NADIE PODRÁ SER JUZGADO MÁS DE UNA VEZ POR UNA MISMA CAUSA Y MATERIA.

El principio constitucional “NON BIS BIN IDEM”, otra de las garantías del debido proceso y del derecho a la defensa, la Constitución en las tantas veces que se ha nombrado al artículo 76 y en el artículo 5 del Código de Procedimiento Penal, dispone:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...i) Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa y materia. Los casos resueltos por la jurisdicción indígena deberán ser considerados para el efecto”

“Art. 5.- Único Proceso.- Ninguna persona será procesada ni penada, más de una vez, por un mismo hecho”

Esta garantía nos enseña, que por una misma causa o un mismo hecho se puede iniciar un proceso penal por una sola vez, esto implica que solo debe haber un proceso por el delito, no se puede acusar más de una vez por el delito a una persona y que en consecuencia solamente puede ser juzgada por una vez. Si el juicio penal ha terminado con sentencia que está pasada en autoridad de cosa juzgada y si por alguna situación se ha iniciado un proceso posterior por la misma causa o acusando por los mismos hechos o por el mismo delito, este proceso posterior debe ser archivado por que el mismo estaría violando derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Esta garantía del derecho a la defensa del proceso único nos proporciona seguridad jurídica, además de que consolida el principio de autoridad concedida por el Estado a los administradores de justicia mediante delegación.



La garantía de un proceso único “tiene por objeto la protección al derecho a la seguridad jurídica y al derecho a una justicia sin dilaciones, que por su gran trascendencia para el establecimiento de la paz, orden y seguridad en el seno de la sociedad tienen el carácter de fundamentales”³⁴

Esta garantía de un proceso único opera sin perjuicio de los resultados expuestos en la sentencia, ya que si el acusado ha sido declarado culpable no se le podrá, como ya se dijo, iniciar posteriormente a la sentencia un nuevo juicio por los mismos hechos; así también si mediante la sentencia se ha declarado sin lugar y el acusado ha sido absuelto, y esta sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada tampoco se le podrá iniciar un proceso penal por segunda vez.

El principio *Non bis in idem*, en materia penal significa, que no se debe castigar dos veces por el mismo delito, ya sea aplicando dos penas por un mismo hecho o acusando por segunda vez por un delito que ya fue sancionado. Para la aplicación y vigencia de este principio, es necesario que el Defensor Privado o Público, se convierta en garante y por lo tanto obtenga de ser el caso, el expediente o la sentencia donde la persona ya fue penada o sancionada y de inmediato poner en conocimiento de Fiscalía o Juez de Garantías para que se observe esta garantía constitucional.

Especial atención merecen las sanciones administrativas, las que pueden acarrear la sanción en sede administrativa y si constituye delito esa falta administrativa también se iniciará la acción penal correspondiente, sin que se atente al principio estudiado, porque es en diferente materia.

2.9 OBLIGACION DE PERITOS Y TESTIGOS DE COMPARECER A JUICIO.

En relación con esta garantía del derecho a la defensa la Constitución del 2008 en su artículo 76, numeral 7, letra j) dispone:

³⁴ ABARCA Galeas, Luis. “Lecciones de Procedimiento Penal”. Tomo VI. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito. 2003. Pág. 190.



“**Art. 76.-** En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...j) Quienes actúen como testigos o peritos estarán obligados a comparecer ante la jueza, juez o autoridad, y a responder al interrogatorio respectivo”

Esta garantía del derecho a la defensa tiene como finalidad establecer la obligación jurídica de testigos y peritos de presentarse ante el juez que sustancia el proceso, para que responda al interrogatorio que le harán las partes procesales en el caso que se sustancia en ese juicio. Del ejercicio de la profesión, esta situación de que los testigos y peritos están en la obligación de comparecer a la audiencia de juicio cuando sean requeridos en la práctica hay problemas por la inasistencia en especial de los testigos, si bien existen medidas como el arresto pero una persona que ha sido compelida a la fuerza para que comparezca a declarar no va a tener la misma predisposición que si se presentara en forma voluntaria a rendir su declaración.

Esta garantía permite o concede la oportunidad para formular las preguntas necesarias en relación al juicio, en forma directa, así como también las repreguntas que sobre el juicio se realicen en este eterno juego que es el proceso penal de presentar pruebas de cargo por parte de la Fiscalía y de desvirtuarlas y además presentar pruebas de descargo provenientes de la parte que está siendo procesada. En tratándose de peritos, aquellos auxiliares de justicia expertos en una ciencia o arte, su comparecencia permitirá que haga una explicación del informe presentado o de la experticia que se le ha sido solicitado. Una explicación a veces más entendible ya que puede suceder que el informe tenga demasiados tecnicismos que hagan incomprensible el mencionado informe.



2.10 SER JUZGADO POR UN JUEZ INDEPENDIENTE, IMPARCIAL Y COMPETENTE.

Esta garantía en doctrina se la conoce más como aquella de ser juzgado por su juez natural, en razón que, en un Estado democrático o Estado de derecho solamente la ley, es la que puede establecer jueces mucho antes de la comisión del delito, de esta manera no habrán jueces ad-hoc o jueces para el caso. En este aspecto el autor colombiano Juan Fernández Carrasquilla expresa que “nadie dice ello en contra del aumento o la disminución en el número de los jueces de cierta clase, o en el cambio de la distribución de competencias, pues en lo que se piensa es en el juez-institución, cuyo plexo normativo permita al juez-persona administrar justicia de modo imparcial e independiente, sujeto únicamente al imperio del derecho y la justicia”³⁵

Para algunos tratadistas este principio está considerado como el principio supremo del proceso, ya que lo que se tiene como objetivo es que la resolución que adopte en el conflicto no tenga un interés particular más allá de la aplicación de las normas del derecho correspondientes.

La actividad judicial debe ser una labor desinteresada por ello la imparcialidad exige la aplicación de otro principio, el de la identidad de la autoridad juzgadora, el Juez es juez y nada más que eso. Por esta razón se dice que aquí está presente otro principio, “el del tercio excluido”, o forma parte de alguno de los sujetos que intervienen en el proceso o es un tercero imparcial, solo de esta manera podrá actuar con objetividad en administrar justicia.

Fernández Carrasquilla hace una cita sobre este tema refiriéndose a lo expuesto sobre este tema por Carlos Santiago Nino: “El ideal de una democracia liberal es que entre el individuo y la coacción estatal se interponga siempre un juez. Pero para ejercer este papel no basta que hay funcionarios que se denominan

³⁵ CARRASQUILLA Fernández, Juan. “Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal”. Grupo Editorial Leyer. Primera Edición. Bogotá. 1998. Pág. 399.



“Jueces”, sino que ellos satisfagan las condiciones de independencia respecto de los demás poderes del Estado”³⁶

La Constitución en el Artículo 76, numeral 7, literal k) establece la garantía del derecho a la defensa de ser juzgado por un juez o jueza independiente, imparcial y competente.

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...j) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”

Guarda relación sobre este tema también el artículo 172 de la Constitución:

“Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley.

Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia.

Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por el retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley”.

Sobre este mismo tema el Código de Procedimiento Penal dispone:

“Art. 3.- Juez Natural.- Nadie puede ser juzgado sino por las juezas y jueces competentes determinados por la ley”

³⁶ Op. Cit. Por Carrasquilla Fernández, Juan. CARRASQUILLA Fernández, Juan. “Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal”. Grupo Editorial Leyer. Primera Edición. Bogotá. 1998. Pág. 400.



“Art. 16.- Exclusividad.- Sólo las juezas y jueces de garantías penales y tribunales de garantías penales establecidos de acuerdo con la Constitución y las demás leyes de la República ejercen jurisdicción en materia penal”

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial dispone:

“Art. 7.- Principios de legalidad, jurisdicción y competencia.- La jurisdicción y la competencia nacen de la Constitución y la ley. Solo podrán ejercer la potestad jurisdiccional las juezas y jueces nombrados de conformidad con sus preceptos, con la intervención directa de fiscales y defensores públicos en el ámbito de sus funciones.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán las funciones jurisdiccionales que les están reconocidas en la Constitución y la ley.

Las juezas y jueces de paz resolverán con equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravencionales, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley.

Los árbitros ejercerán funciones jurisdiccionales de conformidad con la Constitución y la ley.

No ejercerán la potestad jurisdiccional las juezas, jueces o tribunales de excepción ni las comisiones especiales creadas para el efecto”

“Art. 8.- Principio de independencia. Las juezas y jueces solo están sometidos en el ejercicio de la potestad jurisdiccional a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Al ejercerla, son independientes incluso frente a los demás órganos de la Función Judicial.

Ninguna función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial.



Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y/o penal, de acuerdo con la ley”

“Art. 9.- Principio de imparcialidad. La actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley. En todos los procesos a su cargo, las juezas y jueces deberán resolver siempre las pretensiones y excepciones que hayan deducido los litigantes, sobre la única base de la Constitución, los instrumentos internacionales ratificados por el Estado, la ley y los elementos probatorios aportados por las partes.

Con la finalidad de preservar el derecho a la defensa y a la réplica, no se permitirá la realización de audiencias o reuniones privadas o fuera de las etapas procesales correspondientes, entre la jueza o el juez y las partes o sus defensores, salvo que se notifique a la otra parte de conformidad con lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 103 de esta ley”.

Por si alguna duda quedaba sobre el encargado o encargados de administrar justicia, toda persona sujeta a un procedimiento de la clase que sea tiene derecho a ser juzgado por un juez independiente aún del órgano nominador e incluso de otros poderes del Estado; imparcial, esto es sin subjetividad al caso que ha sido puesto a su conocimiento, puesto que si hay un indicio de ella ya no estamos frente a la imparcialidad; competente, la misma que nace indudablemente tanto de la Constitución y la ley. Esto que parece tan real en teoría esperemos que se pueda aplicar con absoluta amplitud en la práctica, puesto que se escucha que en ocasiones los fallos de los jueces responden a presiones, sea de intereses de ciertos grupos económicos o políticos, órdenes de autoridades nominadoras, presiones de la opinión pública, cuando el fallo de un juez imparcial, independiente debe responder únicamente a las constancias procesales.

Así también es importante resaltar la regla constante en el Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 9 inciso segundo, de que están prohibidas las audiencias o reuniones privadas entre el juez y las partes o sus defensores si la



otra parte procesal no está debidamente notificada a fin de salvaguardar el principio de imparcialidad en la causa que está conociendo.

2.11 MOTIVACION DE LAS RESOLUCIONES.

Esta garantía del derecho a la defensa la Constitución la establece para todo tipo de proceso en la siguiente disposición:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

El hecho de que las resoluciones de los poderes públicos sean motivadas, significa que debe existir una expresa manifestación de los criterios en los cuales fundamenta su resolución. La motivación de las resoluciones tiene un doble punto de vista: por una parte es una exigencia proveniente de la responsabilidad de la autoridad pública; y, por otra, de la sujeción del poder ante la Constitución y la ley. En consecuencia al amparo de esta garantía se puede exigir al que administra justicia en base de sus resoluciones que nos dé cuenta de las causas para sus acciones y además confrontar esos motivos que tuvo la autoridad juzgadora con las normas que avalan el ejercicio de la potestad de jurisdicción, esto es el de administrar justicia.

Con respecto a esta garantía constitucional del derecho a la defensa se dice que la misma abarca los requisitos básicos que debe llevar una resolución proveniente de autoridad pública, entre ellos de los órganos encargados de administrar



justicia. Los requisitos de fondo abarcan el contenido esencial de la resolución, si faltara cualquiera de los requisitos de fondo de la resolución sería causal para impugnar dicha resolución. Estos requisitos de fondo son el principio de juridicidad y el principio de objetividad procesal. la observancia del primero consiste en la aplicación de la ley al caso concreto objeto de resolución; en tanto que, por el segundo, la resolución solamente puede tener por objeto los hechos cuya existencia se ha establecido objetivamente como elementos de la realidad fáctica”³⁷

Al amparo de esta garantía del derecho a la defensa, elemento esencial del debido proceso, se erradica definitivamente toda forma de arbitrariedad y discrecionalidad en el ejercicio de las funciones por parte de las autoridades del poder público, porque recordemos esta norma, de que las resoluciones deben ser motivadas es para todo proceso: administrativo, tributario, civil, laboral y sin lugar a dudas en el penal; por cuanto en un Estado constitucional de derechos y justicia el ejercicio de las funciones del poder público tiene que estar de conformidad con lo que manda la Constitución y la Ley.

2.12 GARANTIA DE APELAR DEL FALLO O RESOLUCIÓN.

Siendo el derecho a la defensa un elemento esencial del debido proceso, esta garantía viene a constituir un principio integrador de estos dos derechos fundamentales, ligado a su vez con el principio de contradicción por cuanto faculta el ejercicio del derecho a la defensa contra las resoluciones o decisiones sean administrativas o judiciales.

Es conocido que a través de esta garantía se puede impugnar una resolución dada por una autoridad considerada jerárquicamente como inferior, ante otra considerada como superior, para que esta pueda revisar o analizar el fallo que emitió la autoridad inferior, haciéndose efectivo principalmente mediante la

³⁷ ABARCA Galeas, Luis. “Lecciones de Procedimiento Penal”. Tomo VI. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito. 2003. Pág. 164.



utilización del recurso de apelación o también como se dice en la legislación colombiana vía de la consulta como grado de jurisdicción.

La Constitución en el Artículo 76, numeral 7, literal m) nos enseña lo siguiente:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:...7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: ...m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.”

El Código de Procedimiento Penal señala:

“Art. 304-A.- Reglas generales.- La sentencia debe ser motivada y concluirá declarando la culpabilidad o confirmando la inocencia del procesado; en el primer caso, cuando el Tribunal de Garantías Penales tenga la certeza de que está comprobada la existencia del delito y de que el procesado es responsable del mismo; y, en el segundo caso, si no se hubiere comprobado la existencia del delito o la responsabilidad del procesado, o cuando existiere duda sobre tales hechos”

Esta garantía no es obligatoria, es facultativa, el interesado puede o no hacer uso de este derecho de apelar para que sea un Juez diferente o Jueces diferentes los que analicen nuevamente el fallo o resolución, analizando si el mismo se ajusta o no en primer lugar a la Constitución, si respeta los derechos consagrados y la misma y luego si se ajusta a las disposiciones legales, tanto en su parte sustantiva, cuanto en la procedimental, precautelando que se haya respetado el debido proceso y el derecho a la defensa.

En la legislación ecuatoriana el derecho de apelar lo pueden hacer tanto el procesado cuanto la Fiscalía General del Estado, uno y otro puede apelar según el fallo o resolución afecte a sus intereses. Sin embargo, en otras legislaciones, por ejemplo cuando se declara la inocencia del acusado, se dice que no tiene



facultad para apelar la Fiscalía, por cuanto se entiende si este órgano tiene todos los poderes y facultades para la investigación del delito no es posible aceptar que haya presentado un caso sin tener las bases o elementos suficientes para demostrar la responsabilidad del acusado, para así estar frente a igualdad de condiciones y garantizar la igualdad ante la Ley. En consecuencia en estas legislaciones esta garantía estaría facultada únicamente para el acusado.

Otra parte de esta garantía es el hecho de que al resolver la impugnación de una sanción, tratándose del responsable de la infracción, no se podrá empeorar la situación del recurrente, esta garantía constaba expresamente en la Constitución de 1998 lo cual no sucede en la Constitución del 2008, esta garantía sin lugar a dudas viene a consolidar el derecho a la defensa a favor del acusado.

Merece un comentario sobre la reforma que la Asamblea Nacional introdujo al Artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, publicadas en el Registro Oficial Nro. 160 del 29 de marzo del 2010, según el cual, el acusado ya no tendría posibilidad de apelar del auto de llamamiento a juicio penal, mediante esta facultad el acusado podía acudir ante una de las Salas Especializadas de la Corte Provincial de Justicia para que este auto proveniente del Juez de Garantías Penales sea revisado. Esta supresión introducida mediante reforma al Artículo 343 del Código de Procedimiento Penal, sería inconstitucional y así tendría que ser declarada por la Corte Constitucional ya que estaría violando esencialmente el derecho a la defensa del acusado, en razón de que la norma Constitucional en el Artículo 76, numeral 7, letra m) declara que tiene la facultad de recurrir de todo fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos, en este caso el uno de los más importantes el de la defensa.



CAPITULO III

GARANTIAS DEL DERECHO A LA DEFENSA PARA EL PROCESO PENAL

El artículo 77 de la Constitución del 2008 establece a más de las garantías para un debido proceso y derecho a la defensa en todo tipo de proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden constantes en el artículo 76 varias si se las puede denominar así garantías adicionales para el proceso penal y algunas de ellas específicas respecto del derecho a la defensa. En este capítulo se estudiará cada una de las garantías del derecho a la defensa relacionadas con el proceso penal haciendo un breve comentario sobre cada una de ellas, puesto que si bien son importantes, recordemos que todas ellas están dentro de un debido proceso y que por lo tanto son aplicables tanto las garantías constantes en el Artículo 76, cuanto aquellas que constan en el Artículo 77 de la Constitución.

3. 1. DERECHO A SER INFORMADO.

Esta garantía del derecho a la defensa en un proceso penal consta indudablemente en la Constitución pero también en el Código de Procedimiento Penal.

“**Art. 77.-** En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

a) Ser informada, de forma previa y detallada, en su lengua propia y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos formulados en su contra y de la identidad de la autoridad responsable de la acción o procedimiento.

Código de Procedimiento Penal: “Art. 12.- Información de los derechos del procesado.- Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el procesado conozca, inmediatamente, los derechos que la



Constitución de la República, los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y este Código le reconocen...”

La Constitución Política de 1998 en el artículo 24 numeral 12 señalaba que toda persona tiene derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra, la Constitución actual le agrega dos elementos más, que la información tiene que ser en lenguaje sencillo y además la identidad de las autoridades responsables de la acción o procedimiento, para que de esta forma pueda acudir ante las autoridades correspondientes y haga uso del derecho a la defensa, pero recordemos que este derecho aparece al inicio mismo de toda indagación, por lo tanto el procesado deberá estar informado desde la indagación ya que en ella se realizan varios actos procesales ordenados por la Fiscalía con la finalidad de recopilar elementos que le lleven a la convicción de que se ha cometido un delito y por el cual se debe iniciar un juicio penal para que luego del procedimiento respectivo se dicte el fallo o resolución. Hay que recordar que en concordancia con esta garantía de estar informado de los procedimientos informados está el derecho que se tiene a contradecir las pruebas de cargo y a presentar las pruebas de cargo. Si no estamos informados de que se nos ha iniciado un proceso en nuestra contra se estaría coartando no solo el derecho a la defensa sino desconociendo y violando el debido proceso que acarrearía la nulidad de lo actuado y la responsabilidad de la autoridad encargada de ese procedimiento.

El Doctor Luis Abarca Galeas manifiesta que “por su contenido esta garantía se extiende en una triple dimensión, porque si bien contempla el derecho de la persona a ser informada de las acciones iniciadas en su contra, se impone la obligación al titular del órgano en que se ha incoado la acción, de proporcionar la información pertinente a la persona afectada, así como también se establece la forma en que debe proporcionarse la información: con oportunidad, en lengua materna del afectado y el contenido de la acción”³⁸ Para el procesado esta

³⁸ ABARCA Galeas, Luis. “Lecciones de Procedimiento Penal”. Tomo VI. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito. 2003. Pág. 155.



garantía del derecho a la defensa es de carácter irrenunciable, además esta información debe ser realizada por el funcionario que corresponda, esto es, aquellos facultados por la ley, constituyendo esta una formalidad sustancial necesaria para la validez del proceso.

El derecho a ser informado guarda relación con el principio de seguridad jurídica, porque si no se ha cumplido con esta garantía y se sustancia el proceso no podemos hablar de que haya seguridad jurídica, mucho menos de que el procesado haya podido hacer uso de su derecho a la defensa.

Relacionada con esta garantía del derecho a la defensa, de ser informado, el Artículo 215 del Código de Procedimiento Penal establece en el inciso quinto que si bien existe reserva en la etapa de indagación previa respecto de terceros a fin de no obstaculizar la investigación, esta reserva no se aplica para el investigado y ofendido, quienes tienen derecho a un acceso inmediato, efectivo y suficiente de las investigaciones, esto como parte fundamental del derecho a la defensa y al debido proceso que tiene una persona para intervenir desde que el Fiscal en este caso, tiene noticia de la comisión del delito y de que la investigación está dirigida hacia él.

Relacionada con esta garantía también está lo que dispone el Artículo 282 numeral 3 del Código de Orgánico de la Función Judicial que expresa:

“Art. 282.- Funciones de la Fiscalía General del Estado. A la Fiscalía General del Estado le corresponde:

- 4 Garantizar la intervención de la defensa de los imputados o procesados, en las indagaciones previas y las investigaciones procesales por delitos de acción pública, quienes deberán ser citados y notificados para los efectos de intervenir en las diligencias probatorias y aportar pruebas de descargo, cualquier actuación que viole esta disposición carecerá de eficacia probatoria”;

Como garantiza la Fiscalía la defensa del investigado, procesado y acusado en la indagación previa y las investigaciones procesales por los delitos de acción pública, sin lugar a dudas a través de la información, para ello, debe contar con



éste desde el inicio de todo acto, porque más que una función es una obligación a fin de evitar nulidades procesales posteriores pero principalmente para que la persona investigada haga uso del derecho a la defensa, contradiciendo las que se presentan en su contra y presentando pruebas que desvirtúen lo actuado por la Fiscalía.

Esta garantía si bien consta como principio fundamental del derecho a la defensa en un proceso penal, es aplicable también a otros procesos de orden civil, administrativo, laboral, fiscal, etc.

3. 2. DERECHO DE ACOGERSE AL SILENCIO.

En la práctica del ejercicio profesional cuando se asiste a una persona que está siendo investigada en un proceso penal, accediendo al procesado en forma privada sin limitaciones y asesorándole sobre la conveniencia de presentar su versión o declaración o de acogerse al silencio, se ha visto, casi siempre que el procesado tiene temor de no declarar puesto que dice que ello le puede acarrear responsabilidad de orden penal ya que lo interpretan como un indicio no a su favor sino en contra, piensan que por no declarar, tanto el o la Fiscal lo van a entender que no quiere declarar por tener responsabilidad, esto sucede cuando es por primera vez que la persona está siendo procesada.

Sin embargo se ha asistido que el hecho de no declarar sino acogerse al silencio no le va a acarrear ninguna responsabilidad, porque la Fiscalía aún cuando hubiera declaración de responsabilidad igual tiene que proseguir con las investigaciones que le conduzcan a establecer la verdad a concluir que se cometió un delito y levantar imputación y acusación que el procesado es responsable ya sea en grado de autor, cómplice o encubridor y por lo tanto su conducta se adecúa al tipo penal determinado en la Ley y merece la sanción que está fijada para esa conducta.

Acogerse al derecho al silencio en muchas ocasiones y dependiendo de la personalidad del procesado en la práctica se ha visto que es preferible que no



declare puesto que las personas están nerviosas, confundidas y porque no, ni por más que el Fiscal o Juez expliquen su calidad se sienten intimidadas porque de todos modos son autoridades investidas de poder. El derecho a abstenerse a hablar, es un principio constitucional y supranacional, que hacen efectiva la vigencia del debido proceso.

Sobre esta garantía la Constitución dispone:

“Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

b) Acogerse al silencio.

“Art. 77.- En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

4. En el momento de la detención, la agente o el agente informará a la persona detenida de su derecho a permanecer en silencio...”

Por su parte el Código de Procedimiento Penal en el Artículo 71, inciso segundo establece:

“Art. 71.- ...El defensor está obligado a instruir al declarante de su derecho a guardar silencio así como de las consecuencias favorables o desfavorables de tal decisión”

Esta garantía dependerá básicamente del asesoramiento que brinde al procesado su defensor particular o su defensor público, quien luego del análisis del caso preverá la pertinencia o no de la declaración tomando en consideración si le perjudica esa confesión, todo ello como parte de una defensa técnica, en este tema hay que tomar muy en consideración lo que establece también el Artículo 143 del Código de Procedimiento Penal.

3. 3. DERECHO A NO AUTOINCRIMINARSE.



En la Constitución actual esta garantía del derecho a la defensa está redactada de la siguiente manera:

“**Art. 77.-** En todo proceso penal en que se haya privado de la libertad a una persona, se observarán las siguientes garantías básicas:

7. El derecho de toda persona a la defensa incluye:

c) Nadie podrá ser forzado a declarar en contra de sí mismo, sobre asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Por su parte el Código de Procedimiento Penal señala:

“**Art. 143.- Valor del testimonio.-** El acusado no podrá ser obligado a declarar en contra de sí mismo, pero podrá solicitar que se reciba su testimonio en la etapa del juicio, ante el Tribunal de Garantías Penales. Su testimonio servirá como medio de defensa y de prueba a su favor, pero de probarse la existencia del delito, la admisión de culpabilidad hecha en forma libre y voluntaria, dará al testimonio del acusado el valor de prueba en contra de él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá presentarse bajo juramento”

“**Art. 218.- Declaración del Procesado.-** Durante la etapa de instrucción la fiscal o el fiscal recibirá y reducirá a escrito con fidelidad y en presencia del abogado defensor, la versión libre que sin juramento proporcione el procesado sobre las circunstancias y móviles del hecho y sobre su participación o la de otras personas...”

“**Art. 220.- Garantías del Procesado.-** En ningún caso se obligará al procesado mediante coacción física o moral, a que se declare culpable de la infracción. Por lo mismo queda prohibido, antes o durante la tramitación del proceso, el empleo de la violencia, de drogas o de técnicas o sistemas de cualquier género, que atenten contra la declaración libre y voluntaria del procesado. Los funcionarios, empleados o agentes de policía, de la Fiscalía



y de la Policía Judicial que contravengan a esta disposición incurrirán en la sanción penal correspondiente”

Sobre la forma de redacción que contiene la norma constitucional respecto de esta garantía se han hecho observaciones, que radican en el sentido de que esta garantía estaría vigente, tal como está redactada la norma, únicamente cuando el procesado o acusado esté privado de la libertad, ya que la regla constitucional es muy clara, al expresar que en todo proceso penal en el que se haya privado de la libertad a una persona, ello implicaría que esta garantía sería observada y acatada únicamente cuando el procesado está detenido, ¿significaría entonces, que si el procesado aún no está detenido, si podría ser forzado a declarar en contra de sí mismo en asuntos que le pueden acarrear responsabilidad penal.

Sobre este comentario que tal vez genera dudas debido a que la norma es muy clara, afortunadamente y para que no se dé lugar a interpretaciones se aplicarían normas de Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos suscritos por el Ecuador a fin de que no se pueda concebir efectivamente de que si no está detenido sí se le puede obligar a declarar en asuntos que le puedan ocasionar responsabilidad penal en contra de sí mismo.

En la legislación colombiana esta garantía es conocida como “*garantía de no inculparse*” y se la “interpreta como la prohibición de todo método o técnica que antes o durante el proceso, tienda a obtener por cualquier tipo de coacción una confesión o declaración del imputado”³⁹, en consecuencia para el campo penal según la doctrina es fundamental porque no se puede levantar un proceso basándose en una declaración del procesado obtenido a la fuerza, de darse este procedimiento significaría no un adelanto del derecho penal sino un retroceso total de lo alcanzado en materia de derechos y garantías fundamentales.

Continuando con la crítica, que sucede, cuando alguien rinde declaración en un proceso administrativo, civil, etc., y eso le acarrea responsabilidades penales, la redacción del mencionado artículo en la práctica ha conseguido erróneas

³⁹ STOLLER, Enrique Alberto. “Garantías y Procesos Constitucionales”. Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina. Pág. 137.



interpretaciones, insistiremos que para la solución y la efectiva vigencia del derecho a la defensa acudiremos a los Convenios Internacionales.

El sistema inquisitivo, del cual solo fuimos testigos, será recordado, por las prácticas de la Policía Nacional y de Juzgadores en lograr la autoincriminación del individuo investigado, el derecho al silencio solo un enunciado. Hoy que somos participes activos del proceso, en nuestro ejercicio profesional, nos obliga a examinar la pertinencia o no de la declaración del defendido.

3.4 COMENTARIO SOBRE EL DERECHO A LA DEFENSA EN LA CONSTITUCION POLITICA DE 1998.

Muy a pesar de los comentarios políticos-económicos que sobre la Constitución Política de 1998 se realizaron, en el campo de los derechos implicó un progreso, puesto que de un Estado de Derecho se dio el salto hacia un Estado Social de derecho, y también por primera vez y en forma expresa se consagró el derecho al debido proceso, término expresamente incorporado muy a pesar de que sus principios y garantías, tales como la presunción de inocencia por ejemplo ya venía constanding en los textos constitucionales que se han expedido para el Estado Ecuatoriano.

Recordemos entonces para llegar al derecho a la defensa como parte principal del debido proceso, en el Capítulo II de los Derechos Civiles, Título III expresaba:

“Art. 23.- Derechos Civiles.- Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

27. El derecho al debido proceso y a una justicia sin dilaciones”

Por su parte el artículo 24 contenía lo que algunos estudiosos del derecho denominaban las diecisiete reglas de oro del debido proceso. Dicha norma textualmente consta así:



“Art. 24.- Garantías del debido proceso.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté legalmente tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se le aplicará una sanción no prevista en la Constitución o la ley. Tampoco se podrá juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, con observancia del trámite propio de cada procedimiento:
2. En caso de conflicto entre dos leyes que contengan sanciones, se aplicará la menos rigurosa, aún cuando su promulgación fuere posterior a la infracción; y en caso de duda, la norma que contenga sanciones se aplicará en el sentido más favorable al encausado;
3. Las leyes establecerán la debida proporcionalidad entre infracciones y sanciones. Determinará también sanciones alternativas a las penas de privación de la libertad, de conformidad con la naturaleza de cada caso, la personalidad del infractor y la reinserción social del sentenciado;
4. Toda persona, al ser detenida, tendrá derecho a conocer en forma clara las razones de su detención, la identidad de la autoridad que la ordenó, la de los agentes que la llevan a cabo y la de los responsables del respectivo interrogatorio.

También será informada de su derecho a permanecer en silencio, a solicitar la presencia de un abogado y a comunicarse con un familiar o con cualquier persona que indique. Será sancionado quien haya detenido a una persona, con o sin orden escrita del juez, y no justifique haberla entregado inmediatamente a la autoridad competente;

5. Ninguna persona podrá ser interrogada, ni aún con fines de investigación, por el Ministerio Público, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la asistencia de un abogado defensor particular o nombrado por el Estado,



en caso de que el interesado no pueda designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, preprocesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria;

6. Nadie será privado de su libertad sino por orden escrita de juez competente, en los casos, por el tiempo y con las formalidades prescritas por la ley, salvo delito flagrante, en cuyo caso tampoco podrá mantenerse detenido sin fórmula de juicio, por más de veinticuatro horas. Se exceptúan los arrestos disciplinarios previstos por la ley dentro de los organismos de la fuerza pública. Nadie podrá ser incomunicado;
7. Se presumirá la inocencia de toda persona cuya culpabilidad no se haya declarado mediante sentencia ejecutoriada;
8. La prisión preventiva no podrá exceder de seis meses, en las causas por delitos sancionados con prisión, ni de un año, en delitos sancionados con reclusión. Si se excedieren esos plazos, la orden de prisión preventiva quedará sin efecto, bajo la responsabilidad del juez que conoce de la causa.

En todo caso, y sin excepción alguna, dictado el auto de sobreseimiento o la sentencia absolutoria, el detenido recobrará inmediatamente su libertad, sin perjuicio de cualquier consulta o recurso pendiente;

9. Nadie podrá ser obligado a declarar en juicio penal contra su cónyuge o parientes hasta dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, ni compelido a declarar en contra de sí mismo, en asuntos que puedan ocasionar su responsabilidad penal.

Serán admisibles las declaraciones voluntarias de quienes resulten víctimas de un delito o las de los parientes de éstas, con independencia del grado de parentesco. Estas personas, además, podrán plantear y proseguir la acción penal correspondiente;

10. Nadie podrá ser privado del derecho de defensa en ningún estado o grado del respectivo procedimiento. El Estado establecerá defensores públicos para el patrocinio de las comunidades indígenas, de los trabajadores, de



las mujeres y de los menores de edad abandonados o víctimas de violencia intrafamiliar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos;

11. Ninguna persona podrá ser distraída de su juez competente ni juzgada por tribunales de excepción o por comisiones especiales que se creen para el efecto;
12. Toda persona tendrá el derecho a ser oportuna y debidamente informada, en su lengua materna, de las acciones iniciadas en su contra;
13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enunciaren normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente;
14. Las pruebas obtenidas o actuadas con violación de la Constitución o la ley, no tendrán validez alguna;
15. En cualquier clase de procedimiento, los testigos y peritos estarán obligados a comparecer ante el juez a responder al interrogatorio respectivo, y las partes tendrán derecho de acceso a los documentos relacionados con tal procedimiento;
16. Nadie podrá ser juzgado más de una vez por la misma causa; y,
17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Ha sido necesaria esta transcripción del Artículo 24 de la Constitución Política de 1998, conforme se desprende la norma de ese entonces no había división alguna sobre las normas o garantías del debido proceso, para todo procedimiento y algunas específicas para el campo del derecho penal; mucho menos de las garantías que rodean al derecho a la defensa que como ya se ha dicho en varias ocasiones es parte del debido proceso.



Opinamos y es tan solo eso, que la redacción del derecho al debido proceso que traía la Constitución Política de 1998 estaba de forma más clara y de aplicación más práctica, puesto que conforme se analizó de cada una de las garantías del derecho a la defensa en este trabajo de investigación trae en un momento confusiones o se presta a interpretaciones y lo que se requiere es tener normas claras de aplicación directa que no deje aristas o cabos sueltos que se presten o sirvan para interpretaciones negativas.

De lo estudiado hasta este momento se demuestra que el derecho a la defensa cumple un rol esencial en el proceso penal, por una parte actúa junto con otras garantías del debido proceso; y, por otra parte, es la garantía que torna operativa a todas las demás. Por esta causa no se puede decir que el derecho a la defensa tenga la misma calidad que las otras garantías, ya que la inviolabilidad del derecho a la defensa es la garantía con la que cuenta el sujeto y que a su vez hace que el resto de garantías tenga vigencia efectiva en el proceso, si no se cumple debidamente con este derecho puede acarrear las consabidas nulidades procesales.

3. 5. EL DERECHO A LA DEFENSA Y SU RELACION CON LA DEFENSORIA PÚBLICA NACIONAL.

Si bien hasta antes de la Constitución del 2008 se sabía que existían defensores públicos para los capitales de las provincias del Ecuador y que para los procesos penales en los que el procesado no había nombrado a su defensor o si habiéndolo nombrado este no acudía a representar a su patrocinado tal vez pensando como estrategia de defensa, en la prescripción de la acción que obligaba a que el Juez de la causa, para salvar la situación nombrar un defensor de oficio, afortunadamente el día de hoy, en este tema, las cosas han cambiado.

Actualmente hay un verdadero interés en hacer que la defensoría pública funcione, este aval lo encontramos en normas constitucionales y también legales. La Constitución señala:



“Art. 191.- La Defensoría Pública es un órgano autónomo de la Función Judicial cuyo fin es garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas que, por su estado de indefensión o condición económica, social o cultural, no puedan contratar los servicios de defensa legal para la protección de sus derechos.

La Defensoría Pública prestará un servicio legal, técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito, en el patrocinio y asesoría jurídica de los derechos de las personas, en todas las materias e instancias”

Las funciones con las que debe cumplir la Defensoría Pública están señaladas en el Artículo 286 del Código Orgánico de la Función Judicial, entre ellas: la prestación gratuita y oportuna de servicios de orientación, asistencia, asesoría y representación judicial; garantizar el derecho a una defensa de calidad, integral, ininterrumpida, técnica y competente; la prestación de defensa penal a las personas que carezcan de abogada o abogado, a petición de parte interesada o por designación del tribunal, jueza o juez competente, entre otras.

Ahora bien con satisfacción se ve que en este tema la defensoría pública está cumpliendo, exclusivamente han asumido la defensa penal de aquellas personas procesadas que no han designado defensor por las circunstancias que sean, sin embargo no hay que olvidar que la norma constitucional señala que la defensoría pública prestará sus servicios, y la norma es obligatoria, en todas las materias e instancias, significa por lo tanto no sólo el campo penal, incluye el campo civil, administrativo, laboral, fiscal, etc.

La norma además señala que el servicio que presta la Defensoría Pública debe ser técnico, oportuno, eficiente, eficaz y gratuito. Remitámonos por lo tanto a las características que debe tener una defensa en el área penal técnica, de calidad. Para ello se tomará los estudios que sobre este tema ha realizado la Fundación Esquel.

- a. La defensa debe ser oportuna, esto es que el defensor debe conocer todo el proceso desde su inicio, incluyendo la etapa preprocesal.



- b. Permanente, el seguimiento del proceso debe ser continuo, mantenerse hasta el final a menos de que sea reemplazo por otro defensor.
- c. Eficaz, hay que considerar que el abogado defensor comparece al juicio para velar por los intereses de su defendido, por lo tanto debe diseñar una estrategia de defensa.
- d. Efectiva, significa que va a utilizar todos los medios de prueba que le ayuden a cumplir su objetivo, defender a su patrocinado. Por lo tanto realizará cuanta gestión sea necesaria, formulará alegatos y cuanta actividad sea necesaria para concretar la estrategia que ha diseñado para la defensa del procesado.
- e. Técnica-Jurídica, esta característica es la más delicada en la administración de justicia, puesto que controla el cabal cumplimiento de los principios de legalidad y reserva, de que no haya pena sin juicio previo, la presunción de inocencia, juez natural, la prohibición de declarar en contra de sí mismo y la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Se aprecia que hay un verdadero interés en garantizar el derecho a la defensa de las personas que están envueltas en procesos de orden penal y que esta defensa sea apropiada y no se repita lo que venía sucediendo, esto es, a través de los defensores de oficio, para salvar la situación, a veces para evitar que el delito quede en la impunidad, pero sin respetar, mucho menos hacer caso al hecho de que a pesar de estar siendo objeto de un proceso penal, tiene derechos, contemplados tanto en la Constitución, cuanto en la Ley.

Al concluir este trabajo no se puede dejar de mencionar la importancia que tienen al igual que el derecho a la defensa y como parte del debido proceso, dos principios fundamentales ligados al este tema que ha sido objeto de estudio y que son el “principio de legalidad” y el “la presunción de inocencia”.

El principio de legalidad, que nadie puede ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes, es aplicable específicamente al campo penal, en sus dos dimensiones: material, relevante para el derecho penal, que exige que la conducta prohibitiva y la sanción para esa conducta deben estar constando en una ley



anterior; y, en su dimensión formal, este principio establece que las actuaciones procesales también deben estar previstas en la ley, proscribiendo procedimiento que no estén determinados previamente.

En lo que tiene que ver con el principio de “presunción de inocencia”, de que toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia ejecutoriada. Esta presunción constituye una guía para valorar la prueba e impone la carga de la prueba para quien acusa, en este caso la Fiscalía. Este derecho al igual que el de defensa acompaña al procesado o acusado desde el inicio de la investigación penal. Según los tratadistas este derecho no solo es un principio del debido proceso sino una garantía de para la dignidad humana, la libertad y la honra.

Entre estos dos derechos del debido proceso, también como parte fundamental, ligados entre sí, como ya se dijo está el derecho a la defensa.



CONCLUSIONES:

- A lo largo de la historia de la humanidad se ha producido la lucha de clases, los débiles frente a los que ostentaban el poder a fin de conseguir se les reconozcan derechos fundamentales o derechos humanos. El conseguir derechos considerados como fundamentales no se ha dado en forma inmediata, fue un proceso largo, paulatino, consolidándose en el Estado Liberal.
- Las normas de derecho no han sido las mismas en el tiempo y en el espacio, existiendo otro factor importante que influye en la aplicación y consecución de las normas y es la forma de Estado, los derechos fundamentales no serán aplicados en forma similar en un Estado Totalitario que en un Estado Democrático, es más en un Estado totalitario ni siquiera se puede hablar de derechos humanos.
- El derecho a la defensa o derecho de defensa como garantía constitucional forma parte o es un elemento trascendental del derecho al debido proceso, siendo el derecho a la defensa parte fundamental para que se realice el debido proceso. La fundamentación que se ha dado al derecho a la defensa está influenciado por factores como los filosóficos, políticos y normativos, estos han influenciado enormemente para la efectivizar de este derecho.
- El derecho a la defensa está presente en el constitucionalismo ecuatoriano en forma expresa a partir de la Constitución de 1861, ello no quiere decir que antes no estuvo considerado. Afortunadamente en el tema de derechos nuestro constitucionalismo ha sido privilegiado.
- Nuestro país ha sufrido cambios sociales, políticos, económicos que hace que las normas también requieran de cambios, debido esencialmente a la influencia externa, ello ha hecho que involucrados en un constitucionalismo del siglo XXI, hayamos definido al Ecuador como un Estado social de derechos y justicia, derechos, no como un error caligráfico sino como gama de derechos a favor de los individuos. En este nuevo modelo de Estado la



fuerza principal del derecho ya no es la Ley, la fuerza principal la encontramos en los derechos consagrados en la Constitución.

- Los encargados de administrar justicia, para encontrar la fundamentación de sus fallos deben remitirse a una producción e interpretación del Derecho Constitucional y del Estado.
- No existe duda, que el derecho a la defensa, es un derecho constitucional que es válido para todo tipo de procedimientos, sean civiles, administrativos, laborales, tributarios, penales y de toda actividad humana. Sobre todo merece estricta observancia en el campo del proceso penal, porque aquí está en juego el valor más importante que tenemos los seres humanos, la libertad.
- La Constitución actual en forma muy novedosa e innovadora separa garantías del derecho a la defensa en todo proceso, que constan en el artículo 76, numeral 7 y varios literales de la Constitución de 2008; y, luego establece garantías específicas del derecho a la defensa en un proceso penal, aplicables cuando la persona inculpada o acusada se encuentra detenida. Esta clasificación o separación se da por primera vez en el constitucionalismo ecuatoriano.
- La Constitución del 2008 incluye algunas garantías más de las que constaban en la Constitución de 1998 con respecto al derecho a la defensa, entre ellas, contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa, no ser interrogado fuera de los recintos destinados para el efecto, el derecho a ser informado en forma previa, detallada y en lenguaje sencillo de las acciones y procedimientos iniciados en su contra.
- El derecho a la defensa opera en todo tipo de procedimientos y está presente para el ofendido pero en mayor grado y plenitud a favor del demandado, procesado o acusado. Solo así se garantiza la igualdad ante la Ley, por cuanto la Fiscalía General del Estado que es la que se encarga de la investigación del delito y luego de su acusación cuenta con todo un poder de actuación y burocrático a su favor, por lo tanto, las garantías que



rodean al derecho de defensa están destinadas esencialmente para el procesado o acusado.

- Esta lucha por la protección de los derechos humanos, obliga al reto de la construcción de una nueva institucionalización, la Defensoría Pública debe responder para garantizar el pleno e igual acceso a la justicia de las personas en indefensión, por asuntos económicos, sociales o culturales no puedan contratar un abogado particular. Es imprescindible que cuenten con los recursos humanos, técnicos, para hacer frente a la defensa.

SUGERENCIAS:

En este tema de realizar sugerencias me permito presentar únicamente dos: la primera para el Estado Ecuatoriano y la segunda para los profesionales del derecho:

- Que el Estado Ecuatoriano, dote de los recursos necesarios a las instituciones involucradas tales como Fiscalía General del Estado, Función Judicial y Defensoría Pública a fin de que cuente con la infraestructura necesaria a fin de garantizar el derecho a la defensa y el debido proceso; y a su vez, capacitar a todos los que de una u otra forma intervienen en un proceso penal.
- La segunda sugerencia está dirigida a los profesionales del derecho, especialmente para aquellos que hemos sido preparados bajo el régimen del imperio y aplicación irrestricta de la Ley, tenemos que capacitarnos y actualizar todos los conocimientos para de esta manera garantizar un asesoramiento técnico y especializado y de esta manera precautelar que efectivamente sean respetados el derecho a la defensa y a un debido proceso de la persona que está siendo procesada penalmente. En esta época de cambio, unos buenos, otros malos, acertados y no acertados, si no estamos preparados cada vez seremos menos abogados.



BIBLIOGRAFIA

- ABARCA Galeas, Luis. Lecciones de Procedimiento Penal. Tomo VI. Corporación de Estudios y Publicaciones. Primera Edición. Quito. 2003.
- ABARCA Galeas, Luis. Funciones de la Defensa Penal Oral. Editorial Jurídica del Ecuador. Primera Edición. Quito. 2006.
- AVILA Santamaría, Ramiro. Ecuador Estado Constitucional de Derechos y Justicia. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2008.
- BERNAL Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Tercera Reimpresión. Bogotá. 2006.
- CABANELLAS Torres, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo III. Editorial Heliasta. 28ava Edición. Argentina. 2003.
- CAMARGO, Pedro Pablo. El Debido Proceso. Editorial Leyer. Bogotá. 2000.
- CARRASQUILLA Fernández, Juan. Principios y Normas Rectoras del Derecho Penal. Grupo Editorial Leyer. Primera Edición. Bogotá. 1998.
- ECHEVERRI U., Alvaro. Teoría Constitucional y Ciencia Política. Ediciones Librería Profesional. Quinta Edición. Bogotá. 1997.
- FERRAJOLLI, Louis. Igualdad y Diferencia. La Ley del más débil. Editorial Trotta. Madrid. 3ra. Edición. 2003.
- MORAN Sarmiento, Rubén. Derecho Procesal Civil Práctico. Tomo I. Imprenta Imagen. Guayaquil. 1999.
- OLANO, Carlos Alberto. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas: Estado Social de Derecho. Editorial Marcial Pons. Octava Edición. España. 2007.
- ORE Guardia, Arcenio. Manual de Derecho Procesal. Editorial Alternativa. Lima.
- PIETRO Sanchis, Luis. Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. Editorial Trotta. Madrid.



STOLLER, Enrique Alberto. Garantías y Procesos Constitucionales. Ediciones Jurídicas Cuyo. Argentina.

VAZQUEZ Rossi, Jorge Eduardo. La Defensa Penal. Tercera Edición. Rubinzal-Culzoni Editores. Argentina. 1996.

WRAY, Alberto. El Debido Proceso en la Constitución. Sección Monográfica.

ZAVALA Baquerizo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Editorial Edino. Guayaquil.

Revista Judicial DHL.

www.monografias.com

Constitución Política del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. 1998.

Constitución del Ecuador. 2008.

Código de Procedimiento Penal.

Código Orgánico de la Función Judicial.