

UNIVERSIDAD DEL AZUAY

ESPECIALIZACION Y MAESTRIA DE DERECHO PENAL

DEFICIENCIAS DEL DERECHO DE DEFENSA EN EL ECUADOR

ALUMNO: DR. GUILLERMO F. NEIRA NEIRA

DIRECTOR: DR. GUSTAVO ABOSO

31-OCT-2008

INTRODUCCION

Hay una convicción generalizada o por lo menos casi generalizada, de que en todo proceso y a cada imputado le debe acompañar un Abogado defensor. Sin embargo, esta convicción no se le ve muy clara cuando se refiere al tipo de Abogado defensor que pretendemos traer al proceso penal. Aquí cabe preguntarse para que queremos un Abogado defensor. Un Abogado defensor para legitimar formalmente los procesos o, un Abogado defensor para que ejerza de manera efectiva la defensa técnica.

El defensor viene al proceso para patrocinar un interés particular: el del imputado; pero también para contribuir o satisfacer un fin público: el administrar justicia válidamente; esto significa que no podríamos pensar en administrar justicia si no tenemos a la par del imputado, un Defensor que verdaderamente ejerza defensa técnica. Esta dinámica surgida del rol de cada una de las partes en el proceso penal, dentro de un sistema de justicia democrático, aún no es bien entendida.

Esta es la razón que me motivó a realizar esta Tesina sobre el Derecho de Defensa; sobre todo por la reforma procesal penal que se ha operado en el país y los aspectos que consagran la Constitución Política de la República y el nuevo Código de Procedimiento Penal.

Uno de los aspectos fundamentales que giran alrededor del paso del sistema inquisitivo al sistema acusatorio, radica en que la actividad represiva del Estado está sometida a límites y, que están establecidos en la Constitución y en las Leyes.

El Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano lo que hace es desarrollar las garantías constitucionales y, uno de los principios fundamentales establecidos en la Constitución es el “derecho a la defensa”. Por eso se ha dicho que el derecho a la

defensa es el motor de las otras garantías, que aquellas tienen un carácter casi estático y que le corresponde al derecho de defensa ponerles en movimiento.

El proceso penal en América Latina ha sido una herramienta idónea para el abuso de poder; esto no solamente es cosa del pasado, esto lo seguimos viviendo actualmente. Frente a ello ha surgido una corriente para ejercer el derecho a la defensa y la defensa técnica para garantizar las garantías individuales mínimas.

Considero adecuado realizar un estudio del Derecho de Defensa como uno de los elementos fundamentales del debido proceso y como parte integrante del sistema penal acusatorio que consagra el nuevo Código de Procedimiento Penal en el Ecuador.

Parto de los fundamentos del derecho de defensa, para ir al análisis de las normas de la Constitución Política de la República, de la Convención Universal, Convención Americana y otros Instrumentos Internacionales y, específicamente de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal actual, considerando que es garantista de los derechos y garantías fundamentales.

En el Ecuador existen serias deficiencias en el derecho a la defensa, pese a que es el pilar fundamental del sistema. Debe haber oportunidad para que los acusados obtengan asistencia de un Abogado, que por su cuenta consigan ayuda profesional; y, si no pueden obtenerla, el Estado debe asignarles una efectiva representación legal.

1 EL DERECHO DE DEFENSA EN EL NUEVO CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL ECUATORIANO

El derecho de defensa, es un derecho fundamental autónomo ligado inexorablemente al Debido Proceso que permite garantizar la realización de otros derechos como la libertad, la petición y la vida, esto es garantía genérica, pues se refiere a la protección judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos de todas las personas, sin que en ningún caso quede o pueda producirse indefensión.

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo en su obra el Debido Proceso Penal al hablar del derecho de defensa dice “que es el escudo de la libertad, el amparo del honor y la protección de la inocencia. Lo dicho exalta la grandeza de la institución que entramos a estudiar, y nos ahorra más palabras para comprender la importancia que

tiene dentro del ordenamiento jurídico del Estado. La defensa desde el punto de vista procesal, se la puede clasificar en general y en restrictiva. La defensa general es el derecho subjetivo que el Estado entrega a toda persona para que, en un momento determinado, pueda exigir la protección para sus bienes jurídicos o intereses antes y durante el desarrollo de un proceso. La defensa en sentido restringido es aquella que le corresponde al demandado en un proceso civil, o al acusado en un proceso penal, para oponerse a las pretensiones que se exhiben en dichos procesos por parte del demandante o del acusador, oficial, particular o privado, respectivamente.

El derecho de defensa incluye la facultad que se concede a toda persona para escoger los medios legítimos para oponerse a las acciones enderezadas en su contra dentro de cualquier proceso, pero también incluye el escoger al Abogado que hace efectiva la defensa jurídica de la persona a la que representa profesionalmente, la elección del defensor es exclusiva del acusado.”

El Código de Procedimiento Penal fue aprobado por el Congreso Nacional el 11 de Enero del 2000 y publicado en el Registro Oficial el 13 de Enero del mismo año. Inicialmente estuvieron vigentes 47 artículos referidos a las garantías del debido proceso y, para el resto del articulado hubo un periodo de 18 meses; es así que el Código entró en vigencia el 13 de Julio del 2001.-

La vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal significó la derogatoria de la legislación anterior, que poseía un carácter marcadamente inquisitivo y en el cual la práctica probatoria en la etapa del sumario se realizaba ante un Juzgador distinto del sentenciador, con un método escrito, lo que restaba importancia al plenario que preveía la realización de la audiencia oral. Este sistema presentó -al igual que en otras partes de Latinoamérica- algunas dificultades, como falta de eficacia para garantizar los principios del debido proceso, delegación de funciones en diligencias trascendentes, falta de efectividad y eficiencia en el manejo de los recursos, rigidez y formalismo.

En nuestro país el modelo inquisitivo establecía la participación del Ministerio Público, pero le otorgaba un papel un tanto limitado. Por ejemplo, a diferencia de lo que hoy sucede, no prevenía en el conocimiento de las causas y no dirigía la investigación, aspecto que impedía que hubiera un protagonismo social y que ocasionaba un cierto abandono gubernamental; es más, hasta hace poco no gozaba

de independencia institucional y se hallaba adscrito a la Procuraduría General del Estado.

La Reforma introdujo un nuevo diseño más cercano al sistema acusatorio puesto que establece una Audiencia Oral ante el Tribunal penal para que se practique la prueba de manera concentrada. Le otorgó al Ministerio Público la facultad de prevenir en el conocimiento de las causas y conducir la investigación pre-procesal y procesal, y le concedió el monopolio del ejercicio de la acción en los delitos de acción pública.

El nuevo proceso establece una fase pre-procesal, la indagación previa, y tres etapas procesales, esto es, la instrucción fiscal, la etapa intermedia y la etapa de juicio. El sistema incluye algunos mecanismos alternativos para dar salida a ciertos casos, pero en términos generales son escasos y con una esfera de aplicación reducida.

Con la finalidad que el imputado ejerza **el derecho de defensa**, la Constitución y el Código de Procedimiento Penal, lo han rodeado de un sinnúmero de garantías, cuya inobservancia anula el acto o el proceso. Desde el momento que surge a la vida el proceso tiene derecho a un Defensor, al punto que no tendrá ningún valor su versión o declaración sino está asistido de un profesional del derecho de su confianza o del defensor público si el no lo designa, cuyo papel es velar que se cumplan las garantías constitucionales. Ni el Fiscal, ni los investigadores pueden tomar contacto con el imputado sin la presencia de su Defensor. No se lo obligará, mediante coacción física o moral a que se declare culpable de la infracción, quedando prohibida, antes o después del proceso, el empleo de la violencia o de técnicas que atenten contra su declaración libre y voluntaria. Tiene derecho a guardar silencio y a presentar al fiscal los elementos de descargo. Tanto la versión ante el representante del Ministerio Público como la declaración ante el Tribunal penal es sin juramento, salvo que el acusado lo solicite expresamente, su testimonio podrá prestarse bajo juramento. Iguales derechos tendrá cuando en la Indagación Previa esté en calidad de sospechoso.

Los objetivos que motivaron el proceso de reforma al sistema procesal penal ecuatoriano se encuentra plenamente reconocidos en la Constitución Política de la República del Ecuador y en el Código de Procedimiento Penal; y, básicamente comprenden: el debido proceso, sistema acusatorio y adversaria; juicio oral e

inmediación, imparcialidad del Tribunal; contradictoriedad, publicidad de los procesos, presunción de inocencia y **derecho a la defensa**.

1.1 El rol de la defensa en el sistema penal acusatorio.

El derecho a la defensa es el pilar fundamental del sistema.-

1. El derecho a la defensa en el sistema acusatorio prácticamente no existe, por cuanto el fundamento es una consecuencia del Derecho Procesal Inquisitivo. En el sistema acusatorio se le deja al defensor un ámbito muy reducido, pese a que es uno de los actores del proceso.

Hay un concepto amplio del derecho a la defensa, pero en cuanto al Rol de la defensa hay limitaciones como actor institucional.

2. El slogan que se utiliza para dejar ver la trascendencia de la defensa es; “Sin defensa, no hay Justicia”. Esta frase da contenido a la relevancia que el sistema acusatorio otorga a la defensa.

El rol de la defensa por estar limitado, no cuenta con un sistema estructurado, por ello debe ser subsidiado por el Fiscal y por el Tribunal.

3. El Rol de la defensa afronta varias dificultades.

Hay una falta de compromiso del Estado para destinar los recursos indispensables para defender a los imputados, como el caso de la Defensoría Pública.

4. Cómo medir el trabajo del defensor:

Es la evaluación de su gestión; Es un rol nuevo en la tradición jurídica.

Con qué parámetros se puede evaluar su trabajo; la valoración que hace el propio imputado; por el número de sentencias absolutorias, número de rebajas de la pena.

1.2.- El derecho a la asistencia de un Defensor:

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su obra Manual de Derecho Procesal Penal al hablar del Defensor dice: “Es también un sujeto principal del proceso penal, indispensable para la constitución de la relación jurídica básica. Su presencia y actividad dentro del proceso se impone por su propia naturaleza y significado, como dice Víctor Lloré Mosquera, lo cual es verdad, si es que la existencia de la defensa la relacionamos directamente con el fundamental derecho que tienen todos los sindicados, aún los criminales más avezados de contar con el auxilio de un profesional del derecho que brinde su consejo profesional.- La defensa en términos genéricos consiste en la actividad encaminada a hacer valer los derechos del inculpado, la cual se basa en el derecho que le asiste al imputado y aún sospechoso, para ser escuchado personalmente o por medio de su Abogado; y, ofrecer pruebas de ser el caso, no sólo para demostrar su inocencia, sino también su responsabilidad atenuada o participación secundaria en un caso concreto.- El defensor tampoco es un simple asesor legal que cumple su actividad con el consejo intrascendente o expresión de opinión versada. En realidad, no puede ser imparcial, si tiene presente que hace un solo frente junto al imputado y, por lo tanto está en la obligación de demostrar procesalmente la verdad de los hechos, es decir tal cual como sucedieron, sin alteraciones o tergiversaciones, con miras a que se haga justicia a plenitud.- Con mayor razón la actuación es trascendental si el proceso no se ha llevado en debida forma o si su defendido es inocente, pues hacia la declaratoria de tal estado debe dirigir toda su participación procesal, actuando pruebas, solicitándolas con inteligencia y oportunidad, o interviniendo en las pedidas u ordenadas a petición de sus oponentes, o en sus evacuaciones, presentando alegatos, en especial cuando se le corra traslado con la acusación particular y el dictamen fiscal, o interponiendo oportuna y fundadamente los recursos que le franquea la ley.”

2 ANALISIS DE LAS NORMAS CONSTITUCIONALES, DECLARACIÓN UNIVERSAL Y CONVENCION AMERICANA.

El Dr. José García Falcón en su obra las Garantías Constitucionales en el nuevo Código de Procedimiento Penal y la responsabilidad extra contractual del Estado, al

hablar de las Garantías Constitucionales dice: “Son aquellas instituciones que en forma expresa o implícita están establecidas en la Constitución Política, para la salvaguarda de los derechos constitucionales y del sistema constitucional.

Las garantías operan tanto en la puesta en marcha del proceso, como dentro de éste y miran a la protección de quien podría llegar a ser y de quien ya es sujeto pasivo del proceso; es decir protección del ciudadano frente a la eventual imputación y, del imputado frente al proceso mismo y frente al poder del Juez como forma de asegurar que nadie será sometido a aquel, sino en presencia de tales condiciones, un trato humano y digno durante el curso del mismo y, la justicia en la imposición de la pena.

Los derechos constitucionales son las regulaciones jurídicas de la libertad del hombre, son la esencia jurídica de la libertad, mientras que las garantías son los instrumentos jurídicos establecidos para ser efectivos los derechos del hombre.”

La primera parte del Art. 24 de la Constitución Política de la República, dice “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..;”

Este artículo contiene el cuadro de garantías con que la Constitución protege la libertad individual dentro del proceso penal, pero la enumeración de esta disposición sobre las reglas del Debido Proceso, son solo las garantías básicas, hay otras que constan en Tratados y Convenios Internacionales suscritos por el Ecuador, además de las que la Jurisprudencia irá creando.

Esta norma es una de las disposiciones constitucionales de mayor trascendencia e importancia, pues aquí se consagra aquel conjunto de garantías que contribuyen a mantener el orden social, la seguridad jurídica, la protección al ciudadano que se ve sometido a un proceso cualquiera, pero especialmente penal; y, que le permite asegurar pronta y cumplida administración de justicia, a través de las formas esenciales de cada rito legal; pero hay que aclarar que las normas del derecho, no solo tienen relación con la defensa de los imputados y acusados o demandados, sino también con la protección de los intereses de la colectividad.

2.1 DEFENSOR ESCOGIDO y DEFENSOR DE OFICIO:

Art. 24 Numeral 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 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”.

Dentro de un proceso penal verdaderamente acusatorio, el primer derecho que se consagra en la Constitución o la Ley, es el de poder designar a **un Defensor** desde el mismo momento de la captura; además que se le diga al ciudadano detenido en ese momento, que tiene derecho a guardar silencio, o sea a no declarar para no incriminarse o auto-incriminarse; y, a contar con un Abogado de su plena y absoluta confianza previo a cualquier interrogatorio; esto conlleva la legalidad del Derecho Penal. Si esta obligación no se cumple genera la ineficacia probatoria de cualquier actuación policial o de investigación pre-procesal.

Este es el derecho del imputado a no declarar si no desea hacerlo, es decir a guardar silencio, derecho que es Constitucional. La sanción por la falta de cumplimiento de este derecho, es que tal declaración si se obliga rendirla, carece de todo valor probatorio por tratarse de prueba ilícita, es decir obtenida con infracción de los derechos fundamentales de la persona.

Al respecto el Dr. Alfonso Zambrano Pasquel, señala que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se destaca la necesidad de negar la carta de ciudadanía “a los frutos del árbol prohibido”; sancionando, como carentes de valor alguno, tanto la actuación, como la prueba indebidamente practicada, porque ésta vicia de nulidad absoluta e insubsanable a todos los actos posteriores.

El principio constitucional que se analiza garantiza que el imputado tenga oportuno conocimiento que se ha incoado un proceso en su contra. Cuando es interrogado debe tener el asesoramiento del Abogado o sea que el imputado sabe que tiene derechos fundamentales que procuran no lastimar su personalidad en lo físico, en lo psicológico, en lo emocional.

El autor citado señala que “este importante avance constitucional ha recogido la llamada enmienda Miranda o Quinta Enmienda constitucional de Estados Unidos, que garantiza el derecho a guardar silencio bajo la advertencia de que lo que se diga puede ser utilizado en contra del declarante, que éste tiene derecho a contar con su propio defensor y que en el evento de no poder contar con un Abogado defensor de su confianza, el Estado lo proveerá de uno si así lo desea.”

2.1.1 Normas del C. de P. Penal:

Art. 12.- Información de los derechos del imputado.-

“Toda autoridad que intervenga en el proceso debe velar para que el imputado conozca inmediatamente, los derechos que la Constitución Política de la República y este Código le reconocen.

El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el Juez debe designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración...”;

Art. 71.- Necesidad del defensor.-

“Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación, sin la presencia de un Abogado defensor de su confianza. Si el interrogado no designa un Abogado defensor privado, se contará con un defensor público o de oficio.

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.

No tendrán valor probatorio alguno los actos pre-procesales o procesales que incumplan esta disposición.”

Art. 73.- Comunicación del Fiscal con el imputado.-

“Ni el Fiscal, ni los investigadores policiales podrán tomar contacto con el imputado, sin la presencia de su defensor.”

Art. 166.- Comunicación.-

“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.

La misma comunicación se debe realizar a una persona de confianza que indique el imputado y a su defensor.”

Art. 218.- Declaración del imputado.-

“Durante la etapa de instrucción, el Fiscal recibirá y reducirá a escrito con fidelidad y en presencia del Abogado defensor, la versión libre que sin juramento proporcione el imputado sobre las circunstancias y móviles del hecho y sobre su participación o la de otras personas.

La versión será firmada por el imputado, el Agente Fiscal y el Defensor.

El Art. 26

De la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares dispone que al momento de la detención de una persona extranjera, se le haga saber que puede pedir auxilio a su Cónsul; y, el Estado tiene la obligación de comunicar inmediatamente este particular al detenido y al oficial consular, caso contrario se estará violando este derecho.

- El ejercicio de **la defensa técnica** debe ser oportuna en el sentido de que el defensor debe llegar al proceso en el momento en que la Constitución y la ley procesal penal lo establecen.

Normalmente no sucede así; hasta antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Penal, el Defensor llegaba al proceso, -en el mejor de los casos- al momento de la primera declaración ante el Juez de Instrucción y toda la etapa de investigación estaba librada al sano criterio de la Policía. La vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal demandó la presencia del defensor en distintos actos de investigación; al dar inicio a la Instrucción Fiscal se llama a intervenir al defensor público para que controle el desarrollo del acto de investigación que el Fiscal va realizar.

Los Fiscales sostienen que en la **Indagación Previa** por las características que tiene y por la condición de reservada, el Defensor no debe tener acceso a los actos de investigación. E incluso en la Instrucción Fiscal se resisten a la intervención del defensor, por cuanto alegan que las pruebas deben ser realizadas y practicadas en la Etapa del Juicio. De esta forma existe un menoscabo del derecho de defensa, en la etapa pre-procesal como en la Instrucción Fiscal, violentando lo dispuesto en la Constitución Política y en la Ley.

Al respecto el Dr. Ricardo Vaca Andrade en su obra Manual de Derecho Procesal Penal manifiesta que “el derecho de defensa debe cumplirse desde que el ciudadano está siendo interrogado con fines investigativos por una autoridad policial, por el Ministerio Público o por cualquier otra del Estado, lo cual significa que también en la etapa de indagación previa debe el sospechoso contar con el asesoramiento de un Abogado que defienda sus intereses, vigile que se le den o reconozcan todas las garantías del debido proceso, y que se conduzca la investigación con el mayor respeto a la persona. En este punto, como en tantos otros, es de lamentar la abusiva actuación de algunos miembros de los cuerpos de investigación de la Policía que hacen gala de ignorancia y de grosería con los profesionales del Derecho que solicitan entrevistarse con sus clientes, impidiendo que el asesor pueda estar presente en las investigaciones u obstaculizando de cualquier forma la actuación del Defensor. Se arguye como excusa, en muchos casos, una supuesta incomunicación dispuesta por funcionarios superiores, algunos oficiales o por dependencias del más alto nivel,

siendo así, que, actualmente, toda incomunicación está prohibida, de manera terminante.”

El Dr. Jorge Zavala Baquerizo en la obra citada dice “que el derecho de defensa surge desde el primer momento en que un ciudadano es sujeto de investigación, sea policial, sea fiscal, sea judicial, por la supuesta comisión de una infracción penal. De allí es que sea contraria al mandato constitucional la disposición contenida en el Art. 215, inciso final, la reserva de la Indagación Previa, bajo amenaza de sanciones para el Fiscal, jueces, policías, etc. que divulguen lo actuado o investigado. La indagación previa no puede ser secreta sin violar el derecho de defensa de la persona contra quien se dirige la indagación.- Se priva del derecho de defensa a la persona que no puede oponerse a una investigación penal o de cualquier otra índole desde su inicio, pues está incapacitada para exhibir sus pruebas y oponerse a una indagación parcializada y orientada a perjudicar a los ciudadanos, lo que daría lugar a la indefensión.”

Frente a estos criterios se sostiene que no existe ningún problema en la indagación previa, por cuanto no se afecta a las garantías, por cuanto no hay medidas cautelares. El Juez estaría llamado a intervenir si se violan garantías constitucionales; se está investigando y eso no afecta a nadie, si los bienes protegidos son colectivos, eso interesa a la Colectividad. Además, lo investigado no es prueba si no se la presenta en la audiencia del Juicio, en donde si se puede contradecir.

2.1.2 Tratados Internacionales:

Art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.-

“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: ...

b).- Comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada; c).- Concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d).- Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e).- 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 por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la Ley; g).- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. “

Art. 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos.-

“Todas las personas son iguales ante los tribunales y Cortes de Justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la Ley, en la substanciación en cualquier acusación de carácter penal formulada en contra de ella...;

3.- Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a).- A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b).- A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; d).- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente, a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; g).- A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.”

2.2 Artículo 24, Numeral 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 puede designar a su propio defensor. Cualquier diligencia judicial, procesal o administrativa que no cumpla con este precepto, carecerá de eficacia probatoria.”

El Dr. Alfonso Zambrano Pasquel dice “Una práctica perversa de permanente irrespeto a los derechos humanos por parte de las agencias policiales durante los procedimientos de investigación, ha tenido un aliado incondicional que ha sido el

Ministerio Público ecuatoriano, no obstante la reformas constitucionales, que prevee la exigencia de la asistencia legal obligatoria, que con mucho esfuerzo va ganando terreno aunque no con aceptación en el segmento policial....”; “...lo anterior significaba que la asistencia legal o sea el derecho constitucional a contar con un defensor de confianza de cualquier persona que es indagada es de forzoso cumplimiento, y que sólo cabe la intervención de un defensor público o de oficio de manera subsidiaria, esto es, cuando no se puede contar con un defensor privado.”

El Dr. José García Falcón manifiesta que “con esta disposición se busca recuperar la fe en la justicia, garantizándola en mejor forma a la Sociedad y al mismo Estado, la protección de los derechos garantizados en la Constitución Política, fundamentalmente del Debido Proceso, dentro del cual se garantiza el respeto a la libertad individual, a la dignidad humana, la presunción de inocencia y el derecho de defensa.

De este modo el Legislador quiere que dentro de un proceso penal, e inclusive administrativo, exista una prueba fidedigna e incontrovertible, por eso la exigencia de la presencia de un Abogado en las declaraciones de una persona, quien está garantizando un legítimo derecho de defensa y esto es una garantía para la justicia; y, sólo así esta prueba puede ser sometida al libre y limpio proceso dialéctico de la contradicción; en resumen va a ser creíble.

Recordemos –dice- que si en algún momento del juicio penal, es más necesaria la presencia de un Abogado Defensor, es en esta etapa, pues ésta diligencia va a tener una importancia a lo largo de todo el proceso; y, no era dable que sólo ante un agente de la Policía se lo rinda, más aún que dentro del sistema Acusatorio a que nos lleva el nuevo Código de Procedimiento Penal, el primer derecho que se consagra ante la Constitución o la Ley, es el de poder designar un Abogado Defensor desde el mismo momento de su captura.

Así para que la declaración del imputado, pueda ser tomada en cuenta dentro del proceso penal, se requiere que ésta se produzca ante Autoridad competente; y, con todas las garantías consagradas tanto en la Constitución como en los Instrumentos Internacionales aprobados por el país y en la Ley.

El inculpado tiene derecho a contar con un Defensor de su confianza o también derecho al Defensor Público o de Oficio, o sea el imputado siempre tiene la posibilidad de contar con un Abogado, esto es, con una Defensa Técnica.

De lo anotado se desprende lo siguiente:

1.- Oportunidad para que los acusados obtengan asistencia de un Abogado, esto es, que por su cuenta consigan ayuda profesional; y, 2.- Si el acusado no puede obtenerla, el Estado debe asignarle una efectiva representación legal.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su Manual de Derecho Procesal Penal respecto al derecho del imputado a la auto defensa manifiesta: “Si bien es verdad nada impide que el imputado ejercite su propia defensa y por el contrario, disposiciones como la del Art. 219 y especialmente la del Art. 304 permiten que el imputado pueda intervenir oralmente de acuerdo al precepto constitucional, más por razones prácticas que de otro tipo, la defensa se confía a un profesional del derecho con conocimientos específicos en la materia. Así por ejemplo, un abogado que es imputado de haber cometido un delito bien podría ejercer su propia defensa con relativa facilidad pero siempre y cuando no se encuentre privado de la libertad para obtener pruebas de descargo y tenga conocimientos específicos de Derecho Penal. Por lo dicho, es mejor y más conveniente que se contraten los servicios de abogados especialistas.”

En la ciudad de Cuenca se dio el caso de un extranjero de apellido Mardonéz que se dedicó a estudiar en la Cárcel y realizó una defensa personal excelente, que muchos dijeron que podía ser de un abogado especialista en Derecho Penal.

En otras legislaciones como la de Estados Unidos, el imputado carece de defensa, no sólo cuando no dispone de un Abogado, sino también cuando el Defensor designado no cumple su función o lo hace de manera deficiente, en cuyo caso el Juez puede nombrar otro Defensor de Oficio.

2.2.1 Normas del Código de Procedimiento Penal:

Art. 12.- “...El imputado tiene derecho a designar un defensor. Si no lo hace, el Juez debe designarlo de oficio, antes de que se produzca su primera declaración. El Juez o Tribunal pueden autorizar que el imputado se defienda por sí mismo. En este caso el defensor se debe limitar a controlar la eficacia de la defensa técnica.”

Art. 71.- Necesidad del defensor.- “Ninguna persona podrá ser interrogada ni aún con fines de investigación, sin la presencia de un abogado defensor de su confianza. Si el interrogado no designa un abogado defensor privado, se contará con un defensor público o de oficio....;

No tendrán valor probatorio algunos los actos pre-procesales o procesales que incumplan esta disposición.”

Art. 74.- Defensoría Pública Nacional. “La Defensoría Pública Nacional tendrá su sede en la capital de la República y competencia en todo el territorio del país; y, se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor.”

Art. 78.- Intervención y reemplazo del defensor.- “El defensor público está obligado a actuar hasta el momento en que el imputado designe su defensor privado y éste asuma el cargo...”;

Art. 80.- Ineficacia probatoria.- “Toda acción pre-procesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías.”

Art. 218.- Declaración del imputado.- “Durante la etapa de Instrucción, el Fiscal recibirá y reducirá a escrito con fidelidad y en presencia del abogado defensor, la versión libre que sin juramento proporcione el imputado.....; la versión será firmada por el imputado, el Agente Fiscal y el defensor...”;

Disposición Transitoria Segunda.- “Mientras no se organice plenamente la Defensoría Pública Nacional, cuando no se pueda contar con un defensor público o fuese imposible designarlo inmediatamente, se nombrará un defensor de oficio, que será abogado en libre ejercicio de su profesión...”.-

El nuevo Código de Procedimiento Penal señala que el Derecho de Defensa puede realizarse por medio de dos modalidades: 1.- A través del propio imputado, actuando personalmente o sea la auto defensa, es defensa personal o defensa privada; y, 2.- A través de un Abogado Defensor, que da origen a la Defensa Técnica o Defensa Pública.

De todos modos es el imputado, quien tiene la primera y última palabra acerca de su propia defensa; pero dada la complejidad del proceso penal, la actividad propia del imputado en su defensa va acompañado por la defensa técnica, aún en contra de su propia voluntad, como única manera de establecer el equilibrio procesal, ya que al frente tendrá un Abogado Colegiado, representado por el Agente Fiscal.

El inculcado tiene derecho a contar con un Defensor de su confianza o también derecho al Defensor Público o de Oficio; o sea el imputado siempre tiene la posibilidad de contar con un Abogado, esto es, con una “defensa técnica”.

La característica principal de la **Defensa Técnica** es la eficacia; se basa en el hecho de que el defensor comparece al proceso para tutelar los intereses particulares del imputado y que por ende, tal presencia se debe traducir en un verdadero ejercicio de gestiones, intervenciones, alegatos, etc. que conlleven a la plena implementación de una estrategia de defensa.

Esta característica generalmente ha faltado en nuestro sistema de defensa, lo cual ha resultado favorecido por el mismo modelo de proceso penal de corte inquisitivo, que caracterizado por su secretividad, su carácter escrito y no contradictorio, ha habido la presencia de sistemas de asistencia legal, por lo general patrocinados por “defensores de oficio”, los cuales si bien es cierto asumen el ejercicio de la defensa de manera formal, al aceptar el cargo como tal, no realizan una verdadera defensa técnica. Se convirtieron en meros defensores formales, que poco o ningún valor agregan a la mejoría de la situación jurídica del imputado, que poco o nada hacen técnicamente a favor del imputado, pero cuya presencia en el proceso, dada la dinámica del mismo, basta para considerar, en apariencia, satisfecha la necesidad de un Defensor.

2.3 DERECHO A NO INCRIMINARSE.-

Art. 24, Numeral 9.-

“Nadie podrá 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.”

Este es el privilegio más conocido en el Derecho Constitucional, de no incriminarse a uno mismo, dice el Dr. José García Falcón en la obra citada, y continúa: Nadie, en un caso penal puede ser llamado a testificar en contra de sí mismo o de sus parientes dentro de los grados antes mencionados, aun cuando en nuestro medio esto a veces no se cumple, esto se convierte en una burla a la ley a la Constitución Política. Hay que esperar que esta garantía y derecho del proceso, se respeten, no tanto en la letra de nuestra Constitución, Leyes y Códigos, sino en la practica judicial, esta es la única manera de limitar el abuso del Poder.

Las declaraciones que se rendían ante la Policía, no pocas veces se lo hacía bajo presiones físicas y psíquicas, siendo menester también recordar que el deber del Abogado en libre ejercicio profesional es obrar con probidad y talento puestos al servicio de la Justicia.

Con la presencia del Abogado en libre ejercicio profesional, se imposibilita que se den esta clase de declaraciones; y, así se ha dado más dignidad y majestad a la Justicia, es decir, hoy tenemos un Defensor y a un Acusado, ya no convertido en un invitado de piedra, sino que ante una investigación penal, puede demostrar la inocencia de su cliente y que se respeten sus derechos humanos y constitucionales.

Este derecho tiene su antecedente en una parte de la Enmienda V de la Constitución de Estados Unidos, en el caso Miranda vs. Arizona, aquí la Corte Suprema de dicho país estableció, que cuando el imputado hace conocer su intención de entrevistarse con un Abogado, antes de declarar, el interrogatorio debe suspenderse hasta la llegada del Abogado, o sea “Nadie puede ser compelido, en una causa criminal a ser testigo contra sí mismo.”

Hay que tener en cuenta, que la negativa a declarar, JAMAS puede ser considerada como una prueba de presunción en su contra.

2.3.1 Normas del Código de Procedimiento Penal:

Art. 81.- Derecho a no inculparse.- “Se reconoce el derecho de toda persona a no inculparse”.

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 penal. 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 contra él.

Si así lo solicitare de manera expresa el acusado, su testimonio podrá prestarse bajo juramento.

En todo caso, antes de comenzar la declaración, se debe comunicar detalladamente al acusado el acto que se le atribuye, un resumen de los elementos de prueba existentes y del tipo de infracción que se le imputa.”

Art. 220.- Garantías del imputado.- “En ningún caso se obligará al imputado, 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 imputado. Los funcionarios, empleados o agentes de policía, del Ministerio Público y de la Policía Judicial que contravengan a esta disposición incurrirán en la sanción penal correspondiente.”

Art. 295.- Declaración del acusado.- “Al rendir su testimonio el acusado indicará sus nombres, apellidos, edad, nacionalidad, domicilio, residencia, estado civil, oficio u ocupación. El presidente dispondrá que el acusado haga una exposición completa sobre el hechos que motiva su presencia en el Tribunal y le hará las preguntas conducente, cuidando en todo caso que, las preguntas sean directas acerca de la

infracción o indirectas respecto del acusado y, en ningún caso, capciosas, sugestivas o que tiendan a incriminarle.

Luego de su declaración, pueden interrogarlo los demás jueces del tribunal, el fiscal, el acusador particular y su propio Defensor, en ese orden. En cualquier momento, el acusado puede consultar con su Defensor antes de responder una pregunta o puede negarse a contestar las preguntas que se le formulen. El presidente calificará la procedencia de las preguntas.”

Se ha cuestionado esta disposición en el sentido de que los jueces del Tribunal no debe interrogar, ya que con ello están subsidiando la prueba, principalmente a los acusadores; los jueces deben ser neutrales.

El derecho de defensa tiene una característica principal cual es el deber de asistencia; se refiere a la obligación del abogado defensor de orientar el ejercicio de la defensa material, es decir, aquella ejercida directamente por el imputado en el proceso. Corresponde al defensor aconsejar al imputado sobre si le conviene declarar o abstenerse de hacerlo; sobre si comparece a rendir un cuerpo de escritura o, si accede a una determinada pericia médica que se practicará sobre su integridad física; todos son aspectos fundamentales del deber de asistencia y van de la mano con la ineludible relación de confianza profesional entre el defensor y el imputado y en consonancia con la estrategia de defensa fijada para el caso.

2.3.2 Tratados Internacionales:

Convención Americana de Derechos Humanos:

Art. 8.- Garantías Judiciales:

2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías: ... g).- derecho a no ser obligado de declarar con sí mismo ni a declararse culpable.

3.- La confesión del inculpado solamente es válido si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

2.4 DEFENSA NECESARIA:

Artículo 24, Numeral 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 intra-familiar o sexual, y de toda persona que no disponga de medios económicos.”

Este es el derecho de la defensa, esto es, a ser oído y a intervenir en el juicio. El derecho a la defensa se caracteriza, porque se trata de una garantía que opera durante todo el proceso penal, desde el principio hasta su completa extinción, o sea poder alegar, probar, intervenir en el juicio, en el procedimiento para su preparación, etc.

De este modo, así como se permite a una persona acudir libremente ante los Tribunales de Justicia, a pedir que le sean actuadas sus pretensiones, así mismo, es necesario permitir que la parte pasiva de la relación procesal tenga la posibilidad de acudir a estos Tribunales; y, ser oído a fin de hacer valer también sus derechos. El Juez siempre debe escuchar a ambas partes.

En este Numeral se consagra la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio, porque es una garantía, que asegura a los litigantes, la posibilidad de ser oídos y producir sus pruebas, a través de los medios, por las formas y en los plazos establecidos por una ley procesal.

El Art. 11 del Código de Procedimiento Penal al referirse a la Inviolabilidad de la defensa, reconoce el derecho del imputado a la intervención en todos los actos que incorporen elementos de prueba.

Esta garantía recibe su consagración normativa en el proceso a través del denominado Principio contradictorio o de la audiencia bilateral, lo que significa que a cada parte o interviniente debe dársele la oportunidad de oponerse o contradecir las alegaciones o petición de la parte contraria.

El principio de “contradicción” radica en poder presentar pruebas y a controvertir las que se aleguen en su contra, este derecho es fundamental y es la base del derecho de defensa.

Controvertir, es confrontar puntos de vista de toda pieza probatoria; es el derecho a controvertir pruebas y esto surge desde el momento en que aparezca una imputación penal, se trata pues de una garantía absoluta, por cuanto no puede existir ninguna fase durante la investigación o el juzgamiento en la que se restrinja, peor que se la desconozca.

Así en todo proceso individual debe respetarse **el derecho de defensa contradictoria**, mediante la oportunidad de alegar y justificar procesalmente el reconocimiento judicial de sus derechos; y, esto tiene su razón de ser para evitar desequilibrios entre la posición procesal de las partes.

Existe el criterio de que el Tribunal Penal puede limitar la intervención de los defensores en la audiencia del Juicio; por ejemplo, que el alegato de apertura dure diez minutos y el alegato de clausura dure cinco minutos. Se considera que esto sería una limitación del derecho a la defensa que consagra la Constitución, el Código de Procedimiento Penal y las normas de la Declaración Americana y Declaración Universal de Derechos Humanos y el Debido Proceso, por cuanto el derecho a la legítima defensa es intrínscico al mismo. Un alegato puede durar mucho tiempo y ha servido incluso para estructurar un folleto o hasta un libro; existen muchos casos de profesionales cuencanos como un alegato del Dr. Víctor Lloré M. que es extenso y que ha sido muy comentado.

Las atribuciones del presidente del Tribunal Penal deben concretarse a que se prolongue inmotivadamente las intervenciones y los debates; debe controlar el normal desenvolvimiento de las audiencias, no permitir que los defensores hagan referencia a aspectos impertinentes que entorpezcan el trámite y la conducción del Juicio.

No es denegación de justicia, por cuanto el Tribunal Penal tiene atribuciones para regular todo lo relativo al desarrollo de la audiencia y uno de los aspectos sería la fijación igualitaria de la intervención de las partes; además, el Presidente se puede

poner de acuerdo con los Abogados para la duración de sus intervenciones, que puede ser un tiempo razonable para cada etapa. Denegación de justicia sería si no se permite a las partes hacer las exposiciones que sean menester.

El Dr. José Robayo Campaña, Vocal del Consejo Nacional de la Judicatura, al hablar de la Defensoría Pública Nacional, dice “que el nuevo Código de Procedimiento Penal crea un organismos que podrá mejorar la representación procesal del imputado o acusado, se trata de **la Defensoría Pública Nacional** (Art. 74 al Art. 78), que debe organizarse con su propia ley y sus reglamentos, con autonomía para nombrar el número necesario de defensores públicos.

Mientras no se organice plenamente la Defensoría Pública Nacional, los jueces pueden contar con un **defensor de oficio**, que puede ser cualquier abogado en el libre ejercicio de su profesión (Transitoria Segunda). Posiblemente esta iniciativa del legislador se sustenta con experiencias extrañas a nuestra realidad, ya que en este campo, la legislación ecuatoriana diferencia, con gran utilidad en los dos casos, al defensor de oficio del defensor público, a tal extremo que parecía incorrecto nombrar a un defensor público como defensor de oficio.”

Respecto **al juzgamiento a distancia** se dice que, no se trata de sancionar culpables a cualquier costo, pues un Estado de Derecho no puede permitir que se castigue a un ciudadano sin que se le hubiere dado el trato que el propio ordenamiento dispuso para garantizar las necesidades individuales y sociales. Conviene indicar que la Constitución Política de la República en el Art. 121 establece que los juicios por los delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito, se iniciarán y continuarán aún en ausencia de los acusados.

Por otro lado hay que tener en cuenta que el derecho de defensa involucra la Defensa Técnica, que es la que realiza un Abogado en libre ejercicio; y, **la Defensa Material** que es la que se puede efectuar el propio acusado, si es que carece de medios económicos el Estado le debe proporcionar un Abogado; o sea que el derecho de defensa comprende:

a). Que la persona pueda manifestar sus pretensiones;

- b). Defenderse;
- c). Presentar y evacuar pruebas;
- d). Hacer uso de los recursos previstos en las leyes; y,

Así se requiere que se otorgue a los interesados la oportunidad adecuada y razonable para ser, etc. oídos por el Juez; de producir y presentar sus cargos y descargos, demandas y contestaciones; de ofrecer y producir todos los medios de prueba autorizados por la ley, dentro de los plazos y con las modalidades por ella exigidas, de sustanciar los recursos previstos por la Ley, dentro de los respectivos plazos, etc. Posibilidad de oponerse a las pretensiones de la otra parte.

2.4.1 Normas del Código de Procedimiento Penal:

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

El imputado 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 imputado está privado de la libertad, el encargado de su custodia debe transmitir acto seguido al juez, al tribunal de la causa o al Ministerio Público las peticiones u observaciones que formule.”

Art. 74.- Defensoría Pública Nacional.- “La Defensoría Pública Nacional tendrá su sede en la Capital de la República y competencia en todo el territorio del país; y, se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor.”

Art. 77.- Vigencia del nombramiento del defensor.- “El defensor público deberá intervenir hasta la finalización del proceso, sin perjuicio del derecho del imputado a sustituirlo”.

El imputado deber ser instruido sobre su derecho a elegir otro defensor.”

Art. 78.- Intervención y reemplazo del defensor.- “El defensor público está obligado a actuar hasta el momento en que el imputado designe su defensor privado y éste asuma el cargo.

El defensor privado podrá renunciar a la defensa, pero deberá continuar actuando hasta el momento de ser legalmente reemplazado.

Estas disposiciones hacen referencia a otra característica importante del derecho de defensa cual es “la permanencia”. El hecho de que **la defensa tiene que ser permanente** significa que el Defensor debe dar un seguimiento constante a la causa que se le ha asignado y permanecer en el proceso durante todo su desarrollo, dándole pleno respeto a la continuidad de la defensa. En la medida de lo posible el Defensor no debe ser cambiado durante el proceso; y con mayor razón no debe ser sustituido de manera repentina, especialmente cuando poco tiempo después van a realizarse diligencias importantes como la Audiencia Preliminar en donde se da la apertura a Juicio o en el debate que se realiza en el juicio propiamente dicho.

2.4.2 Convenciones Internacionales:

Convención Americana: Art. 8, Numeral 2: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- d).- Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e).- Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor del plazo establecido por la ley;
- g).- Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable;

3 LA DEFENSA PÚBLICA:

- a).- Situación jurídica:

El marco legal de la defensa pública en el país se halla regulado en las siguientes disposiciones.

La Corte Suprema en su Reglamento General de la Función Judicial, establecerá la manera en que los defensores públicos cumplirán con su deber; y cuidará de asegurar la mejor organización, distribución y eficacia de este servicio público, y de garantizar que la intervención de los defensores inspire confianza y sea gratuita y oportuna.

Los defensores públicos están principalmente obligados a prestar amparo y protección a los obreros y a la raza indígena.

En el nuevo Código de Procedimiento Penal constan los siguientes artículos:

Art. 74.- Defensoría Pública Nacional.- La Defensoría Pública Nacional tendrá su sede en la capital de la República y competencia en todo el territorio del país; y, se encargará del patrocinio de los imputados que no hayan designado defensor.

Art. 75.- Organización.- La Defensoría Pública Nacional se organizará de acuerdo con la Ley y su reglamento correspondiente.

Disposición Transitoria Segunda.- Mientras no se organice plenamente la Defensoría Pública Nacional, cuando no se pueda contar con un defensor público o fuese imposible designarlo inmediatamente, se nombrará un defensor de oficio, que será abogado en libre ejercicio de su profesión.

El cargo de defensor de oficio es obligatorio. El nombrado sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser empleado público, o tener a su cargo tres o más defensas de oficio.

Por último en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo consta la siguiente disposición:

Art. 11.- Los defensores públicos previstos en el Art. 144 de la Ley Orgánica de la Función Judicial estarán a las órdenes del Defensor del Pueblo, de sus adjuntos y comisionados provinciales para el patrocinio de las acciones y recursos que sean necesarios interponer; y para garantizar el derecho de defensa y la tutela penal efectiva en las indagaciones previas e investigaciones procesales penales.

Los defensores públicos intervendrán en todas las diligencias en que los interesados no puedan proveer a su propia defensa, debiendo entonces ser designados para cada caso por el Defensor del Pueblo, sus adjuntos o comisionados provinciales. A falta

del defensor público, deberá encomendarse el patrocinio a un abogado en libre ejercicio profesional.

La Defensa Pública Nacional no ha sido creada hasta el momento y no parece probable que ello se haga en un lapso corto. Lo único que realmente existe es un conjunto de defensores públicos que tienen la calidad de funcionarios judiciales, quienes han venido trabajando tradicionalmente.

El marco jurídico de la Defensa Pública es oscuro y ha dado lugar a dos interpretaciones: la primera, que los defensores adscritos sigan dependiendo de la Función Judicial, y la segunda, que pasen a estar adscritos a la Defensoría del Pueblo. Entre los defensores públicos hay una opinión generalizada, en el sentido de su preferencia a conservar su calidad de funcionarios judiciales con todas las ventajas que ello implica, y se oponen a pasar a depender de la Defensoría del Pueblo o de una Defensa Pública Nacional Independiente.

La dependencia de la Defensa Pública de la Función Judicial ha generado preocupación entre algunos actores del sistema.

En un sistema acusatorio que se basa en la clara división de papeles, resulta paradójico que la Función Judicial a través del Consejo de la Judicatura, ejerza autoridad administrativa, económica, evaluatoria y sancionadora sobre una de las partes.

b).- Organización administrativa y financiera.-

Como la Defensa Pública en el país es una unidad perteneciente a la Función Judicial, no posee autogestión, no cuenta con financiamiento ni ayuda de organizaciones del sector privado y organismos internacionales, depende exclusivamente de los fondos que le provee el Estado ecuatoriano y su financiamiento consta dentro del presupuesto anual asignado a la Función Judicial. No hay incremento en el presupuesto, ni dotación especial de recursos con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal.

El servicio que prestan los defensores públicos es totalmente gratuito, no está previsto un pago diferenciado en función de la capacidad económica de los usuarios. El servicio está restringido a las personas que no poseen recursos económicos suficientes para poder acceder al servicio de un profesional en libre ejercicio.

El criterio de verificación de la capacidad económica de los solicitantes tiene un alto componente subjetivo y es poco técnico, no se ha previsto ningún mecanismo para verificar que los datos proporcionados por usuarios sean veraces.

Es preocupante el hecho de que el ejercicio de un derecho básico de las personas esté sometido a la discrecionalidad de los funcionarios sin que exista el más mínimo referente de cuál es la renta mensual o el patrimonio que a una persona le permite o no acceder al servicio.

Cabe anotar que en materia penal, es el área de la que se ocupan los defensores públicos.

En el Ecuador los defensores públicos se ocupan de prestar el servicio de asesoría pública en todas las áreas jurídicas, por lo que debe colocar sobre la mesa de discusión la posibilidad de realizar una división del trabajo en razón de la materia.

El trabajo de cada defensor público goza de independencia, falta de dirección institucional y evaluación. No existen normas generales ni instrucciones específicas sobre la manera en que llevan los casos, tampoco existe ningún mecanismo de evaluación del servicio prestado, ya que buena parte de los defensores públicos no lleva estadísticas del número de casos a su cargo, ni de la etapa en que se encuentran, ni de los resultados que han obtenido.

El único mecanismo de control sobre el trabajo que realizan es la presentación de informes anuales ante el Consejo Nacional de la Judicatura.

No existe ninguna organización jerárquica. No hay un Defensor Público Nacional, ni defensores regionales, ni Consejo Superior, simplemente hay 32 defensores públicos con igual jerarquía, obligaciones y atribuciones. Cada uno es totalmente independiente en el manejo de los casos que tiene a su cargo. La provincia del Guayas al igual que la del Pichincha tiene cuatro defensores públicos y el Azuay tiene dos, que de acuerdo al número de poblaciones tenga ninguna relación. En nuestra provincia nuevamente queda un solo defensor público con el fallecimiento de uno de ellos, el Dr. Luis Muñoz Robles y, no se ha llenado la vacante.

No cuentan con un equipo de ayuda que se ocupe de los aspectos administrativos o un funcionario encargado específicamente de estas labores.

Un aspecto preocupante es que los defensores no cumplen turnos; este aspecto trae serios problemas para el derecho de defensa y las garantías individuales de los sospechosos e imputados y para el funcionamiento del sistema en sí mismo. Se ha tenido noticias de prácticas poco éticas que desdibujan las garantías constitucionales.

Por ejemplo, en la recepción de versiones a los detenidos en las instalaciones de la Policía existen abogados que prestan su firma para legalizar una diligencia en la que no estuvieron presentes, o en la que estuvieron, pero jamás prestaron un servicio de asesoría legal.

Es justo destacar que la falta de formación de los abogados particulares está llevando que salvo excepciones, la defensa privada en su actuación, también caiga en similares patrones de comportamiento, por eso no es de extrañarse que el 50 % de los acusados que en la Etapa del Juicio cuentan con defensor público, en algún momento contaron un Abogado particular. Es urgente diseñar una política que incida en el aspecto cultural de los Abogados en libre ejercicio, debido a que las garantías básicas de los acusados y los derechos de las víctimas están siendo afectadas por la falta de una defensa técnica.

3.1 Defensa Pública Técnica:

Los imputados normalmente no intervienen en la elección de su Defensor. El mecanismo para la designación de los defensores públicos, no prevee ninguna intervención del interesado; el juez o el tribunal los designa en la propia providencia en la que manda notificar con la Instrucción Fiscal o en la que dicta la orden de prisión preventiva.

No se ha previsto ningún mecanismo para dar respuesta a la posible incomodidad del usuario con el servicio que presta. No existe una institución dentro de la oficina de Defensoría Pública con atribuciones para receptar quejas y, cualquier reclamo deberá dirigirse al Consejo Nacional de la Judicatura por tratarse de funcionarios judiciales. Es notoria la falta de cualquier mecanismo de control de la calidad del servicio, no existe el criterio institucional tendiente a la prestación de un servicio público óptimo.

La intervención del Defensor Público normalmente se genera a raíz de que se le va a tomar la versión al imputado o con la convocatoria a la Audiencia Preliminar, cuando la persona no ha sido detenida con anterioridad. En nuestro país, por disposición constitucional, el imputado deberá tener un Abogado para la versión que rinda ante la Policía o Fiscalía; de igual manera en la audiencia preliminar y audiencia de juicio.

Se ha planteado la inquietud en el sentido de que si se debe pasar la Audiencia Preliminar sin la presencia del Defensor. Se ha dicho que sí se le notifica legalmente al defensor privado o al defensor de oficio, convocándoles para la Audiencia, es cuestión de ellos que concurran o no. Pero al tenor de las disposiciones constitucionales, de los Tratados Internacionales y las del propio Código de Procedimiento Penal, se ha visto que es indispensable que se encuentre presente el Abogado defensor, así no esté el imputado, por cuanto aquel le representa. En la audiencia se trata sobre su situación jurídica y si no está presente no podría ejercer el derecho a contradecir.

Por otro lado, los abogados suelen aconsejar a sus defendidos que no concurran a las audiencias, con el propósito de que pase el tiempo y acogerse a lo establecido en la Constitución respecto a los plazos en los que caduca la prisión preventiva. Tomando en cuenta además que la Ley no establece como obligatoria la concurrencia a la audiencia Preliminar, como lo hace para la audiencia del Juicio, por lo que tampoco no se podría hacer efectiva la fianza si no comparece a la Audiencia Preliminar.

3.2. Que es la Defensa Pública?

Una publicación del Fondo de Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel, al referirse a la Defensa Pública expresa, es la institución del Estado responsable de garantizar el derecho constitucional a la defensa, de todas las personas que no puedan pagar un abogado privado debido a sus condiciones económicas y sociales.

El Art. 24 No. 10 de la Constitución dice: “Nadie podrá ser privado del derecho a la 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 intra-familiar o sexual y de toda persona que no disponga de medios económicos”.

El Ecuador está obligado a garantizar el derecho de defensa de sus ciudadanos, de acuerdo a la Constitución y a los tratados y convenios internacionales ratificados por el país, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.-

El Estado debe invertir más en la víctima y no en quien comete el delito: El Estado atiende a las víctimas de los delitos a través del Ministerio Público, pues esta Institución es la Abogada de la sociedad y tiene como eje de su trabajo perseguir los delitos. El Estado también tiene la obligación de asistir legalmente a las personas que no pueden pagar un Abogado. Las personas que no tienen defensa se vuelven víctimas, pero del Estado, porque caen en la indefensión.

En América Latina no se pone en duda la existencia de la Defensoría Pública, el debate apunta a cómo fortalecerla para mejorar la atención a los ciudadanos y ciudadanas que no pueden acceder por sus propios medios a los servicios de un abogado privado.

La defensa pública es necesaria para equilibrar la administración de justicia en el país.- El Estado solamente ha garantizado la persecución del delito y el juzgamiento, pero no la defensa. El Ejecutivo y Legislativo no han tomado en cuenta que la defensa, como institución, aporta al combate de la impunidad y mejora la calidad de la justicia.

Un estudio del Fondo de Justicia y Sociedad sobre el costo de la implementación de la Defensa Pública, determina que si nace como una institución autónoma del Estado debe invertir \$ 13.631.248,- Si lo hace bajo la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa , el costo sería de \$ 9.885.087,- El estudio determina que la Defensa Pública debe ser una institución autónoma, con recursos suficientes para hacer un trabajo de calidad y ello implica defensores con remuneraciones acordes a su trabajo. Un fiscal en el país gana alrededor de \$ 3.000,- al mes, el mismo salario debería hacer su contrario, para estimular su trabajo”.

3.3 Implementación de la Defensoría Pública Nacional.

El Fondo de Justicia y Sociedad de la Fundación Esquel-Usaid, en una publicación de Santiago Garzón al referirse al “Costeo para la implementación de la Defensoría Pública Nacional”, señala: “Muchos son los pendientes que tiene el país en materia de reforma judicial, a manera de ejemplo podemos citar el incompleto proceso de unidad jurisdiccional, la oralidad, el establecimiento de jueces de paz, la compatibilización de la justicia ordinaria con la tradicional, entre otros. Pero en nuestra opinión uno de los pendientes más importantes por sus implicaciones en la vida de miles de hombres, mujeres, niños, niñas y adolescentes pobres, es la ausencia

de una verdadera defensa pública que pueda asumir de manera técnica, y con calidad, la representación de las personas que no pueden pagar los costos de un abogado/a privado.

En la actualidad varios servicios legales, especialmente de la sociedad civil, trabajan para cubrir en algo las carencias derivadas de este servicio de defensa pública, que es la forma de concretar el derecho a la defensa reconocido constitucionalmente, y en varios instrumentos internacionales: Pero estos esfuerzos son insuficientes y no relevan al Estado de su obligación en esta materia.

Los números ponen en evidencia la gravedad la situación. En el Ecuador existen 32 defensores públicos, estos son dependientes de la Función Judicial, no tienen recursos materiales suficientes para desarrollar su trabajo, su estatus laboral los pone en desventaja de otros actores importantes del sistema judicial.

Varias organizaciones han llamado insistentemente la atención de esta carencia y han promovido iniciativas dirigidas a cubrir este espacio. Una de las más relevantes ha sido la preparación de proyecto de Ley de Defensa Pública, en el que confluyeron varias instituciones públicas y privadas y que fue presentado oficialmente al Congreso Nacional por iniciativa de la Comisión para la Aplicación de la Reforma Procesal Penal en el 2004. El proyecto recoge una amplia discusión y reflexión sobre el tema, construye condiciones institucionales adecuadas para el funcionamiento de una Defensa Pública que pueda desarrollar su accionar combinando los servicios directos con la tercerización de los mismos a través de las organizaciones de la sociedad que cuentan con experiencia en este campo. Adicionalmente establece una estructura que garantiza su independencia de los otros actores del sistema (condición indispensable para asegurar a los ciudadanos y ciudadanas una verdadera defensa).

Pese al amplio consenso sobre la necesidad de aprobación de esta Ley y el reconocimiento de la importancia de la misma por parte de varios actores relevantes del Congreso Nacional, la misma no ha sido tratada con la prioridad e importancia que tiene. Razones políticas y económicas se esgrimen para esta grave omisión de parte de los tres poderes del Estado, por eso todo esfuerzo dirigido a demostrar la necesidad, prioridad y viabilidad del proyecto debe ser impulsado y apoyado.

Esta publicación se orienta en este sentido, por un lado asume la tarea de demostrar que los costos económicos de la implantación de la Defensa Pública, de acuerdo al proyecto de Ley que se presentó al Congreso Nacional, es viable, no representa

costos exagerados y por tanto entrega argumentos fundamentales para impulsar la aprobación de este cuerpo normativo.

Es importante recalcar que la ley que rige el Ministerio Público o la Función Judicial es la que debe también regir a la Defensa Pública, caso contrario las diferencias serían abismales. Por ejemplo con la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa el salario de un defensor sería de \$ 1214,- frente a un Fiscal cuyo ingreso está en alrededor de \$ 3.000,-

Este estudio que la Fundación Esquel, por medio del Fondo Justicia y Sociedad (con el apoyo de la USAID) tiene el doble propósito antes señalado, por un lado busca recordar la importancia de la aprobación de la Ley de Defensa Pública, pero por otro crear condiciones adecuadas para que una reforma de esta naturaleza tenga las condiciones normativas, técnicas y económicas para su adecuada implantación.

Este estudio es un esfuerzo pionero en el campo de la reforma judicial, ya que transparenta los costos de una transformación, usando información realista y no especulaciones o proyecciones poco cercanas a la realidad, provee insumos para el debate legislativo y nos da elementos importantes para el necesario proceso de aplicación de la Ley.”

“El estudio incluye un análisis y sus respectivas conclusiones, sobre qué tan sensible es el presupuesto a determinadas variables.- El modelo interactivo utilizado permite modificar cualquier de sus diversos supuestos por separado y medir el efecto del cambio de cada una de las variables. De esta manera se puede obtener un presupuesto acorde a los cambios en las variables que se necesite realizar de acuerdo a las circunstancias específicas, sin alterar la estructura del modelo.

Para obtener datos suficientes que permitan resultados muy próximos a la realidad de la operación de una institución de este tipo, se utilizaron una combinación de técnicas tanto cualitativas como cuantitativas y una investigación exhaustiva. En una primera fase de investigación y recopilación de datos se utilizó la bibliografía disponible y el Internet como herramienta de búsqueda complementaria. Posteriormente se realizó un análisis del funcionamiento del Ministerio Público, los presupuestos estándares de instituciones similares en la región en países como Argentina, Chile, Costa Rica, Bolívar, etc. Se llevaron a cabo talleres de trabajo y entrevistas con personas involucradas en el tema como defensores públicos, abogados privados y funcionarios del Ministerio Público, entre otros.

El estudio se compone de A) Informe del Costo del Proyecto y B) Modelo de Estimación del Costo. El informe del costo está constituido por 1) Antecedentes; 2) Metodología y cronograma y; 3) Estructura del Modelo.”

4 LA DEFENSA DE OFICIO

4.1 Marco legal:

Ante la imposibilidad de que los defensores públicos puedan abarcar todos los casos a nivel nacional, el Código de Procedimiento Penal estableció la posibilidad de que intervenga cualquier Abogado designado por el Juez.

La Segunda Disposición Transitoria establece:

Disposición Transitoria Segunda.- Mientras no se organice plenamente la Defensa Pública Nacional, cuando no se pueda contar con un defensor público o fuese imposible designarlo inmediatamente, se nombrará un **defensor de oficio**, que será Abogado en libre ejercicio de su profesión.

El cargo de defensor de oficio es obligatorio. El nombrado sólo podrá excusarse por enfermedad grave, incompatibilidad de intereses, ser empleado público o tener a su cargo tres o más defensas de oficio.

El defensor designado de oficio que no actúe sin justa causa, será requerido por el fiscal, el juez o el tribunal para que ejerza el cargo y en caso de renuncia será sancionado con una multa equivalente a dos salarios mínimos vitales.

4.2 Organización y funcionamiento.

La puesta en práctica de este sistema es absolutamente precaria. En cuanto a la selección del Abogado, no existe ninguna exigencia para acreditar su formación mínima; ni un conjunto mínimo de requisitos que deba superar, aparte de ser profesional; y no se prevé ningún tipo de capacitación para el cumplimiento de su función.

En materia de apoyo que debe recibir para el cumplimiento de su responsabilidad que se le impuso, es inexistente; no se le otorga ningún tipo de soporte institucional, como personal de apoyo jurídico o administrativo; no se le proporciona suministros de oficina, no recibe viáticos ni ninguna compensación básica por motivo de transporte; no tiene ni siquiera un fondo para fotocopiar el proceso.

En el aspecto de dirección y evaluación, no existe ninguna disposición o reglamento que fije alguna norma o directriz para llevar el caso; no hay una instancia que dirija la manera en que se ha de cumplir la labor; no existe alguna persona o institución a quien debe rendir cuenta de la labor que desempeña; no se ha fijado ningún mecanismo para evaluar la forma en que se ha realizado el trabajo, ni siquiera la presentación de un informe; en un supuesto caso que se llegue a determinar que su rendimiento haya sido excepcionalmente bueno o malo, no tendrá ningún tipo de incentivo ni sanción. En la práctica, el sistema del Defensor de Oficio en el Ecuador constituye un método por el cual el Estado se desentiende de manera absoluta de todas las responsabilidades que implican ofrecer un servicio público de defensa gratuita.

Al haber quedado sometido al arbitrio de un profesional, dependerá de las cualidades y circunstancias personales del Abogado que ha sido asignado, lo cual es una verdadera lotería.

5. El Sistema Inquisitivo.

El Dr. Ricardo Vaca Andrade en su Obra Manual de Derecho procesal Penal al referirse al proceso inquisitivo, manifiesta: “Según los estudiosos el proceso inquisitivo se volvió necesario para que la represión de la delincuencia no quedara a merced de los acusadores privados y por ello se sentó una primera regla: si el acusador no quería proseguir la acusación, el juez debía continuarla de oficio y castigar al acusador. Se hace notar que la inquisición favorece más que la acusación la represión de los delitos. En definitiva el sistema inquisitivo responde a una verdadera necesidad social, tanto así que, pese a importantes

modificaciones, una vez estructurado el sistema mixto prevalece lo esencial de los principios del sistema inquisitivo.

Entre las características más importantes tenemos: todo el proceso se construye por escrito, buscando la mediación y fraccionamiento del proceso en fases o etapas, rigiendo el principio de oficialidad, tanto para que se inicie el proceso como para el impulso posterior. Desaparecen los jurados y se tiende a los jueces técnicos. El secreto del proceso es absoluto o casi absoluto, porque tiene muy pocas atenuaciones, tanto así que en algunos casos ni siquiera se conocía el lugar y forma en que actuaba el tribunal, o cuando y por qué se había dictado la sentencia. El proceso se divide en dos fases; una inquisición general, para tomar información acerca del delito, el autor y, luego una vez individualizado un determinado sospechoso, se pasa a la siguiente fase; la inquisición especial, contra una persona.”

El Dr. Luis Humberto Abarca Galeas, en su obra *La Defensa Oral, el derecho de objeción y su ejercicio en el proceso oral acusatorio del Ecuador*, dice: “En el sistema Procesal Penal Inquisitivo que rigió en el Ecuador desde la época de la Colonia, hasta que fue derogado al entrar en vigencia el nuevo Código de Procedimiento Penal que instaura el Proceso Penal Acusatorio, el ejercicio de las funciones de la jurisdicción penal se rige por el Principio de Oficiosidad y como la Función Persecutoria de los presuntos autores y partícipes del caso delictivo concreto se encontraba integrada a la Jurisdicción penal, el juez o el Tribunal tenían la obligación jurídica procesal de practicar oficiosamente las pruebas que consideraban necesarias para establecer la existencia del delito objeto del proceso penal y la participación delictual del imputado o acusado, así como su culpabilidad.

Por lo tanto, el titular del Organismo Jurisdiccional Penal oficiosamente iniciaba el proceso penal, practicaba las pruebas tanto dentro del sumario como en la etapa del plenario y llamaba a juicio al imputado sin necesidad de que el Fiscal o el ofendido lo acuse, si consideraba que las pruebas que él mismo había practicado tenía méritos de cargo para juzgarlo; y de igual modo, el Tribunal penal juzgaba al acusado y lo condenaba aunque el Fiscal se abstenía de acusarlo en la audiencia del juicio, si consideraba que las pruebas que el mismo había practicado oficiosamente en la audiencia del juicio determinaban con certeza la existencia del delito y la participación delictual de culpabilidad del enjuiciado.

Así era, porque al integrarse la Función Persecutoria a la Jurisdicción Penal, la carga de la prueba sobre la existencia del delito y la participación delictual y culpabilidad del procesado, le corresponde ejercer oficiosamente al titular del Órgano Jurisdiccional Penal.

Si bien es verdad que las partes procesales y entre éstas el Fiscal podía solicitar al Juez o al Tribunal Penal que practique pruebas, éstos solamente las practicaban cuando consideraban que eran necesarias, porque en el caso contrario las negaban. Además, en las actuaciones probatorias que se practicaban a solicitud de las partes procesales, el titular del órgano jurisdiccional penal llevaba la iniciativa probatoria ya que, según su criterio podía extender o modificar oficiosamente las prácticas de la actuación probatoria solicitada.

6. Imparcialidad del Juez.

El Estado aparece en un doble papel aparentemente contradictorio, porque de un lado, tiene el derecho subjetivo de castigar las conductas delictivas; y, al mismo tiempo, actuando a través de la Función Judicial, trata de descubrir si realmente la conducta es delictiva, determinar las personas responsables y aplicarles las sanciones y medidas de seguridad contempladas en la ley. Es por ello que en el Juzgador debe destacarse fundamentalmente la actuación de una persona, en esencia **“imparcial”** y sin prejuicios que quiera descubrir la verdad de los hechos a través de los mecanismos procesales. Entonces, la Jurisdicción supone la facultad que tiene el Juez para supervisar el desarrollo de la etapa investigativa de la Instrucción, declarar o no la existencia del delito, y sancionar o no los responsables, pero actuando con verticalidad y sin criterios preconcebidos. No en vano los tratadistas aclaran que el órgano judicial tiene la misión de descubrir la verdad y de actuar concretamente la ley penal para hacer justicia. El poder judicial tiene un destino imparcial, que no ejerce solamente cuando el Tribunal condena, sino también cuando absuelve al sindicado de la imputación. En suma no debe confundirse la jurisdicción con la potestad represiva, aunque ambas sean expresiones de la soberanía y pertenezcan al Estado, no obstante que tradicionalmente el poder punitivo se haya ejercido por intermedio de los jueces.-

El Dr. Luis Humberto Abarca Galeas en su obra *La Defensa Oral*, el derecho de objeción y su ejercicio en el proceso penal oral acusatorio del Ecuador, dice: “En la práctica del juicio oral se observa que los Presidentes de los Tribunales Penales y miembros de éstos, vulneran el principio dispositivo de la prueba porque ordenan la práctica de pruebas de oficio y modifican la práctica de las pruebas presentadas ya por los sujetos procesales, y hasta ejercen la contradicción probatoria. En estas intervenciones inconstitucionales, en la práctica de la prueba, por los miembros del Tribunal Penal, resulta evidente que, no observan la debida –imparcialidad- con menoscabo del debido proceso y desprestigio de la administración de la justicia penal, especialmente cuando tales intervenciones son en perjuicio del acusado, porque en tal caso, el infractor suple al fiscal y por lo tanto, asume la función procesal persecutoria, retornando al juicio oral inquisitivo que se contemplaba en el Código de Procedimiento Penal inquisitivo derogado por el Código de Procedimiento Penal actualmente vigente.

En estos casos resulta evidente que, toda objeción del abogado defensor del acusado va a ser rechazada porque conlleva un grave cuestionamiento contra el presidente del Tribunal Penal o uno de sus miembros y además predispondrá a los miembros del Tribunal en su contra, porque éstos consideran la objeción como un obstáculo al ejercicio de sus funciones; por lo cual, es conveniente que el defensor del acusado actúe con sutileza, pidiendo que conste en actas que la prueba ha sido ordenada de oficio por el Presidente el Tribunal Penal o que las preguntas de sus miembros conllevan el ejercicio de la contradicción probatoria.

Esta sutil reclamación pondrá en evidencia la vulneración del principio dispositivo de la prueba, a pesar de la objeción del defensor del acusado, lo cual obviamente servirá como fundamento de un recurso de nulidad o de revisión.

Puede suceder también que, cuando el acusado rinda su testimonio sea interrogado por el Presidente del Tribunal o por los demás jueces de éste con preguntas capciosas, sugestivas o incriminatorias y en tal caso, el defensor del acusado presentará la respectiva objeción, al mismo tiempo que instruirá a su defendido para que se abstenga de contestar la pregunta en el ejercicio de su derecho de permanecer en silencio para no auto incriminarse.”

7.- Posibilidad Recursiva.

- a.- **Recurso de Hecho** por negativa del Juez o Tribunal Penal a conceder los recursos oportunamente interpuestos;
- b.- **Recurso de Nulidad**, de oficio o a petición de parte, por falta de competencia, por no reunir los requisitos legales la sentencia o por violación del trámite;
- c.- **Recurso de apelación** de los autos dictados por el Juez Penal en el fuero común y por el Presidente de la Corte en razón de este fuero Sobreseimientos, Llamamiento a Juicio, Nulidad, Prescripción, Inhibitorio por incompetencia; y Medidas cautelares.-

De autos dictados por el Tribunal Penal: Nulidad, Prescripción; e, Inhibitorio por incompetencia

De las sentencias dictadas por el Juez y de las sentencias dictadas por el Presidente de la Corte en razón del fuero:

En la acción privada;

Por reparación del daño; y,

En el proceso abreviado.

Las sentencia pronunciadas por el Tribunal Penal y la Sala Penal, son inapelables. El Presidente de Corte tiene similar competencia que el Juez Penal y la Sala Penal como el Tribunal Penal en el correspondiente fuero.

Recursos de Casación y Revisión:

- a. En el fuero común, de la sentencia pronunciada por el Tribunal Penal para ante una Sala Penal de la Corte Suprema;
- b. En el fuero de Corte, de la sentencia pronunciada por la Sala para ante una Sala Penal de la Corte Suprema.

El de Casación por violación del derecho puede proponerse dentro de tres días de notificada la Sentencia. El de Revisión por errores en la apreciación de los hechos, en cualquier tiempo. Artículos. 349 al Art. 368 del Código de Procedimiento Penal.

8. Propuestas de reformas del Código de Procedimiento Penal.

1.- Una de las críticas más fuertes se han formulado con respecto a la violación de las normas del debido proceso en las que los señores Agentes Fiscal han incurrido en el acopio de elementos incriminatorios, quebrando el derecho de defensa de los sospechosos, durante la indagación previa y de los imputados durante la instrucción fiscal.

Para evitar aquello, al Art. 9 del C. de P. Penal debe agregarse el siguiente inciso:

Pese a que el Ministerio Público no ejerce jurisdicción no obstante para velar por el derecho de defensa de los sospechosos e imputados, los Agentes Fiscales harán saber de cualquier modo, a los sospechosos e imputados, de los actos procesales a practicarse.

2.- El Código de Procedimiento Penal impuso el sistema acusatorio. Ello significa que en armonía con lo dispuesto en el Art. 33, el ejercicio de la acción penal corresponde exclusivamente al Fiscal. Sin embargo de lo manifestado en el Art. 135 rompe este sistema acusatorio al permitir a los Jueces interrogar a los testigos, volviendo de esta manera al sistema inquisitivo. Consideramos que los Jueces no deben tener esa facultad si se quiere que el sistema acusatorio tenga vigencia.- Por ello proponemos la siguiente reforma: Elimínese el Art. 135.

3.- Muchos procesos se están quedando sin resolución en virtud de que los imputados ni sus abogados defensores comparecen a la Audiencia Preliminar. Para solucionar esta dificultad proponemos la siguiente reforma:

A continuación del Art. 228 incorpórese el siguiente artículo: Si el imputado y su abogado defensor no concurre a la Audiencia Preliminar en el día y hora señalada para el efecto, el Juez de la causa haría un segundo señalamiento. Si tampoco comparecen el imputado y su abogado defensor, el Juez podrá ordenar el arresto del imputado e imponer una multa de Cien dólares al abogado rebelde, sin perjuicio de que pueda designar un defensor de oficio para el cumplimiento de la Audiencia Preliminar.-

4.- En la práctica se ha producido un debate entre el Ministerio Público y la Función Judicial con respecto a que no existe dictamen acusatorio, el juez debe en forma inmediata, sin necesidad de convocar a Audiencia Preliminar dictar el auto de sobreseimiento que estime conveniente. De hecho, algunos señores Jueces actúan de

este modo, una vez recibido el dictamen del Agente Fiscal en el que se abstiene de acusar al imputado, dicta el auto de sobreseimiento, sin necesidad de la audiencia preliminar.- A nuestro criterio, esta actuación vulnera las normas del debido proceso porque el juicio resuelve sin escuchar a las partes. Qué sucede si el imputado por ejemplo fue injustamente procesado por una denuncia maliciosa y temeraria y pretende argumentar en el juez para que se dicte el sobreseimiento definitivo y califique la denuncia como maliciosa y temeraria.- Sencillamente su derecho sería vulnerado. Por ello proponemos que el Inc. 2 del Art. 231 diga lo siguiente: Si el pronunciamiento del inferior es ratificado, el Juez debe admitir el dictamen fiscal y dictar auto de sobreseimiento luego de escuchar a las partes en la Audiencia Preliminar.

CONCLUSIONES

- 1.- En el proceso penal que se ha ido cambiando, compete al Defensor exigir que se respete el debido proceso, que no se violenten los principios y las formas del proceso; y, exigir con su intervención, que mediante el efectivo ejercicio del debido proceso, sean observadas todas las Garantías Constitucionales.
- 2.- La Constitución Política de la República del Ecuador ofrece normas muy poderosas para favorecer el establecimiento de un proceso acusatorio de raigambre marcadamente adversarial, que a la vez, desarrolle altos estándares de eficiencia; Pocas Constituciones en América Latina consagran de manera tan explícita los principios del debido proceso y la supremacía constitucional como la Carta Fundamental del Ecuador.
- 3.- Por la supremacía constitucional los Tribunales deben preferir la aplicación directa de la Constitución a las normas legales que estuvieren en contradicción con ella o alteren sus prescripciones, obligación además que recae en todo juez o tribunal.
- 4.- Al entrar en vigencia un sistema procesal cercano al principio acusatorio, se torna imprescindible la presencia de un Defensor que tutele los intereses del imputado de manera efectiva, debido a que muchas de las diligencias procesales se realizarán de manera oral, en cuyo caso el Defensor se verá obligado a intervenir desarrollando y concretando su estrategia de defensa.-
- 5.- El nuevo sistema demanda un conjunto de habilidades y destrezas que van desde identificar problemas, diseñar estrategias, elaborar técnicas de investigación y ubicar fuentes normativas, hasta las de litigación oral. El Abogado ecuatoriano en términos generales, no está capacitado para desenvolverse adecuadamente en el sistema acusatorio-oral.
- 6.- La realidad de la defensa pública en el Ecuador no permite que se pueda hablar de un modelo acusatorio; con los defensores públicos adscritos a la Función Judicial se está consiguiendo un resultado opuesto a la filosofía con la que fue creada. Resulta precario, ineficiente y de poca garantía el funcionamiento actual del servicio de la Defensa Pública.

- 7.- Es imprescindible que se estructure un servicio funcional de la Defensa Pública con un modelo de dirección y liderazgo institucional, estructuras jerárquicas, responsabilidades claramente establecidas, métodos de seguimiento y evaluación de la forma en que se llevan los casos.
- 8.- La Defensa Pública debe ser una institución autónoma, con recursos suficientes para hacer un trabajo de calidad y ello implica defensores con remuneraciones acordes a su trabajo.
- 9.- Con el sistema del Defensor de Oficio en el Ecuador, el Estado se desentiende de manera absoluta de todas las responsabilidades que implican ofrecer un servicio público de defensa gratuita; al haber quedado sometido al arbitrio de un profesional, dependerá de las cualidades y circunstancias personales del abogado que ha sido asignado.
- 10.- La imparcialidad se manifiesta cuando los actos y las actitudes del Juzgador son independientes y están revestidos de justicia; son rectos, desapasionados, ecuánimes, equilibrados, neutrales.

BIBLIOGRAFIA

- Manual de Derecho Procesal Penal.- Dr. Ricardo Vaca Andrade.
- El Debido Proceso y Razonamiento Judicial.- Projusticia, 1998.
- El Debido Proceso Penal.- Dr. Jorge Zavala Baquerizo.
- Las Garantías Constitucionales en el Nuevo C. de P. Penal y la Responsabilidad Extracontractual del Estado.- Dr. José C. García Falcón.
- El Debido Proceso y Razonamiento Judicial.- Dr. Alfonso Zambrano Pasquel.
- La Evaluación del Sistema Procesal Penal en el Ecuador. Fondo Justicia y Sociedad.
- La Experiencia de la Defensa Pública en Centroamérica.- Alvaro Ferrandino.
- Costeo para la Implementación de la Defensoría Pública Nacional.- Santiago Garzón.- Fondo Justicia y Sociedad.- Fundación Esquel-USAID.
- La Defensa Oral, El Derecho de objeción y su ejercicio en el proceso penal oral acusatorio del Ecuador.- Dr. Luis Humberto Abarca Galeas.-
- La Defensa Pública.- Fondo Justicia y Sociedad.- Fundación Esquel.
- Práctica del Proceso Penal.- Carlos Pozo Montesdeoca.- Segunda Edición.-

INDICE

INTRODUCCIÓN.

- 1.- El derecho de defensa en el nuevo Código de Procedimiento Penal Ecuatoriano.
 - 1.1. El rol de la defensa en el sistema penal acusatorio.
 - 1.2. El derecho a la asistencia de un Defensor.
- 2.- Análisis de las normas constitucionales, Declaración Americana y Convención Americana.
 - 2.1. Defensor Escogido y Defensor de Oficio.
 - 2.2. Art. 24 No. 5 Constitución Política de la República.
 - 2.3. Art. 24 No. 9.
 - 2.4. Defensa Necesaria.
 - Art. 24 No. 10.
- 3.- La Defensa Pública.
 - a).- Situación Jurídica.
 - b).- Organización Administrativa y Financiera.
 - 3.1. Defensa Pública Técnica.
 - 3.2. Qué es la Defensa Pública.
 - 3.3. Implementación de la Defensa Pública Nacional
- 4.- La Defensa de Oficio.
 - 4.1. Marco Legal.
 - 4.2. Organización y Funcionamiento.
- 5.- El Sistema Inquisitivo.
- 6.- Imparcialidad del Juez.
- 7.- Posibilidad recursiva.
- 8.- Propuestas de Reformas al C. de P. Penal.

RESUMEN

Con la vigencia de un sistema procesal cercano al principio acusatorio, se torna imprescindible la presencia de un Defensor que tutele los intereses del imputado de manera efectiva, debido a que muchas de las diligencias procesales se realizarán de manera oral, en cuyo caso el Defensor se verá obligado a intervenir desarrollando y concretando su estrategia de defensa.

Es necesario que se capacite adecuadamente al abogado ecuatoriano para que pueda desenvolverse en el sistema acusatorio oral.

Hay un concepto muy amplio del derecho a la defensa, pero en cuanto al Rol de la defensa hay limitaciones como actor institucional; por estar limitado no cuenta con un sistema estructurado, por ello debe ser subsidiado por el Fiscal y por el Tribunal

El Rol de la defensa afronta varias dificultades, hay una falta de compromiso del Estado para destinar los recursos indispensables para defender a los imputados, como el caso de la Defensoría Pública.

La defensa privada atraviesa la misma situación, por cuanto los defensores no están debidamente capacitados, entre los abogados no se tiende a la especialización y en muchos casos no hay responsabilidad para atender debidamente los casos que se asigna. Si se realiza una evaluación de su gestión, el resultado será negativo.

En el Ecuador existen serias deficiencias en el derecho a la defensa, pese a que es el pilar fundamental del sistema.

ABSTRACT.

With the validity of a near procedural system at the beginning accusatory, is indispensable the presence of a Defender that guides the interests of the imputed one in an effective way, because many of the procedural diligences will be carried out in an oral way, in which case the Defender will be under obligation to intervene developing and summing up his defense strategy.

It is necessary to qualified the Ecuadorian lawyer appropriately so he/she can be great at the oral accusatory system.

There is a very wide concept from the right to the defense, but the roll of defense has some limitations like institutional actor; for being limited it doesn't have a structured system, and should be subsidized by the District attorney and for the Tribunal

The List of the defense confronts several difficulties, there is a lack of commitment of the State to dedicate the indispensable resources to defend the imputed ones, like the case of the Public Defensoría.

The private defense lives the same situation, whereas the defenders are not properly qualified, among the lawyers, they do not get a specialization and in many cases there is not responsibility to assist the cases that it is assigned properly. If an evaluation of their administration takes place, the result it will be negative.

In Ecuador there are serious deficiencies in the right to the defense, in spite of being the fundamental pillar of the system.